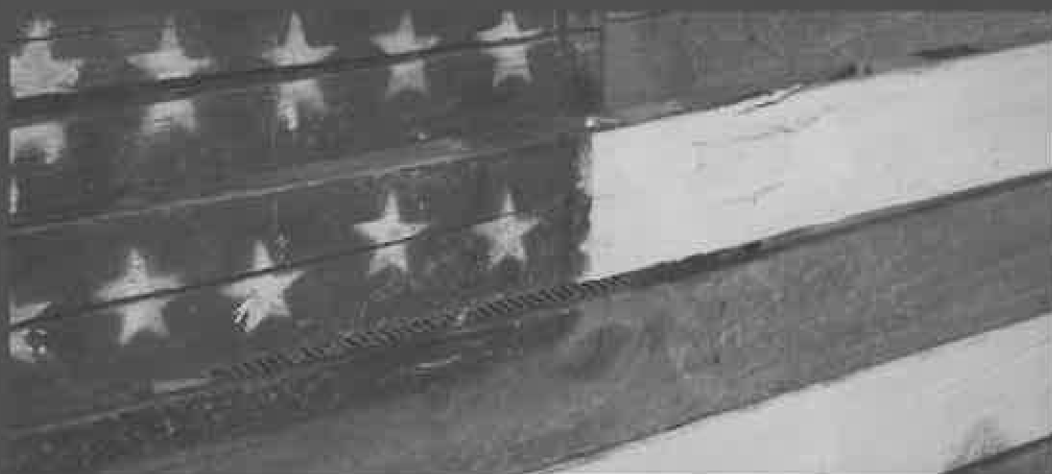




Owen M. Fiss

Megosztott liberalizmus

A szólásszabadság és az államhatalom sokféle arca


CompLex

Szerző:
Owen M. Fiss

A fordítás az alábbi kiadás alapján készült:
Owen M. Fiss: *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power.*
Első kiadás 1996-ban párhuzamosan az Egyesült Államokban: Westview Press, Inc., Boulder, Colorado; és az Egyesült Királyságban: Westview Press, Cumnor Hill, Oxford.

The translation is based on the following edition:
Owen M. Fiss: *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power.*
Published in 1996 in the United States of America by Westview Press, Inc., Boulder, Colorado, and in the United Kingdom by Westview Press, Cumnor Hill, Oxford.

Fordította:
Hammer Ferenc

A fordítást lektorálta és a magyar kiadás utószavát írta:
Koltay András

Sorozatszerkesztők:
Koltay András
Nyakas Levente

A Wolters Kluwer Kft. az 1795-ben alapított Magyar Könyvkiadók és Könyvterjesztők Egyesülésének a tagja.

Tartalomjegyzék

Bevezetés

A liberálisok hadban állnak saját magukkal. Voltak idők, amikor a szólásszabadság ügye egy táborban tartotta őket, ám ma épp a szólásszabadság a liberálisok közötti választóvonalak, illetve konfliktusok forrása.

Az ötvenes években, a hidegháború legzordabb napjaiban a politika az államapparátus segítségével igyekezett megvédeni az országot az ellenséges felforgatástól és a kommunizmus veszedelmeitől. Az Egyesült Államok Kommunista Pártja és vezetői ellen büntetőeljárás indult, és számtalan pártszimpatizánst távolítottak el kormányzati állásokból. Mindez nem valamiféle nyílt államellenes tevékenység miatt lett osztályrészük, hanem mert a fennálló társadalmi rendet bíráló elképzeléseket támogattak. A liberálisok elítélték az államhatalom efféle gyakorlását, és ehhez az Első Alkotmánykiegészítést és annak a szabad szólást szavatoló rendelkezését hívták segítségül. Leszögezték, hogy a szólásszabadságot korlátozó intézkedések indokául szolgáló félelmek jócskán túlzásnak tekinthetők, és hogy ezek az intézkedések a fennálló rend erőteljes bírálatának elhallgattatásával fenyegettek.

A hatvanas években ismét csak egységben voltak a liberálisok a szólásszabadság zászlaja alatt. Ekkor olyan, az amerikai Dél sok államában, illetve egyes helyi színtereken felbukkanó törekvések ellen léptek fel, melyek igyekeztek az emberi jogi mozgalmat és a nyomában megjelenő tiltakozáshullámot, illetve tüntetéseket elhallgattatni. A liberálisok csaknem egyhangúlag azt rótták fel panaszul, hogy e törekvések az államhatalmat a nyilvános kritika elhallgattatására használják, és így ellentétesek az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt, a szólásszabadságot védő elvekkel. Ezen álláspont kialakítása során a liberális politikaelméletre, illetve annak az egyéni szabadságjogokra és a korlátozott állam eszményére alapozó összegzésére támaszkodtak.

Az elmúlt huszonöt évben* az Első Alkotmánykiegészítésre hivatkozó, a szólásszabadság érvét alkalmazó célkitűzések alaposan megváltoztak, és mély repedések keletkeztek az egykori liberális konszenzuson. Az igazsághoz hozzátartozik, hogy

* A munka 1996-ban jelent meg. *A ford.*

a hagyományos ellentétek közül egyesek fennmaradtak, és e kérdésekben a liberálisok összetartanak. Ezek egyike a *Pentagon-iratok* néven ismert 1971-es ügyhöz kapcsolódik, melyet a hetedik fejezetben tárgyalok ebben a könyvben. Ebben az esetben a Nixon-kormányzat megkísérelte megakadályozni az ország vezető lapjait egy, az USA vietnami tevékenységét tárgyaló titkosított tanulmány közreadásában, és a liberálisok egyöntetűen magasztalták a Legfelső Bíróság ítéletét, amely megakadályozta az efféle cenzúrát. Az egység ilyen pillanatai azonban kivételnek számítottak a hetvenes-nyolcvanas években. A liberálisok többnyire mélyen megosztottak voltak az e korszak politikai jellegét alapjaiban meghatározó ügyekben. Ezek azok a vitatott kérdések, amelyek az elmúlt években legjobban megragadták az érdeklődésemet, és e kérdéseket járom körül e kötet esszéiben.

A legutóbbi időszak egyik legfontosabb szólásszabadsági ügye ahhoz a törvényhozási programhoz kötődik, amely korlátozná a politikai kampányokra elkölthető összegek nagyságát. Egy másik vitatott kérdés az, hogy politikai aktivisták az államhatalom révén hozzáférhessenek-e a bevásárlóközpontok adta nyilvánossághoz, hogy ott hirdethessék elképzeléseiket. E nyilvános terek magántulajdonban vannak, azonban a nyilvánosság fontos színtereivé váltak a jelenkori Amerikában. A hetvenes és a nyolcvanas évekre azok az elkeseredett sajtószabályozási viták is rányomták bélyegüket, amelyekben nem a Pentagon-iratok ügyéhez hasonló tartalmi korlátozás volt a tét, hanem hogy a közvélemény a nézőpontok megfelelő sokféleségével találkozhasson a sajtóban. Politikai aktivisták keresték üzeneteikkel a bejáratot a médiába, és meg voltak győződve arról, hogy az államnak kell a médiát úgy szabályoznia, hogy abban megjelenhessen az egymással ütköző érvek sokasága.

Mindezekben az esetekben számomra fontos kérdés volt a gazdasági és a politikai hatalom kapcsolata, illetve hogy e kapcsolatot miként befolyásolja az Első Alkotmánykiegészítés. Az első három fejezet – *Szabad szólás és társadalmi struktúra, Miért az állam?* és *Csend az utcasarkon* – tárgyalja a gazdasági és a politikai hatalom összefüggéseit, illetve hogy milyen változások voltak megfigyelhetők a hetvenes-nyolcvanas években a Legfelső Bíróság e kérdésekkel kapcsolatos bíráskodási gyakorlatában. Az utolsó fejezet – *A szabad sajtó létrehozása* – az 1989-es európai forradalmakra reflektálva tárgyalja a gazdasági hatalom szólásszabadságra gyakorolt feltételezhető hatását olyan társadalmakban, melyek épp egy diktatúrából tartanak a demokrácia felé.

A hatalmi egyenlőtlenségek inkább származhatnak társadalmi, mint gazdasági okokból, és az elmúlt években a liberálisok megosztottak voltak abban, hogy a hatalmi egyenlőtlenségek társadalmi okait miként kell a szólásszabadság szempontjából számba venni. Ezen viták egyike a pornográfiához kötődik. Az 1950–60-as években a Legfelső Bíróság megalkotta az „obszcenitás" alkotmányos definícióját, hogy segítségével féken tartsa a szexuálisan szókimondó tartalmak állami szabályozását. Csak azon könyvek, magazinok és filmek voltak száműzve a nyilvánosságból, amelyek megfeleltek ezen szűken mért obszcenitás-definíciónak. Míg a

konzervatívok fennhangon követelték, hogy az állam rendelkezzen azzal a joggal, mellyel megvédheti a szexuális erkölcsöket, és ilyenformán elítélték a Legfelső Bíróság hozzáállását, a liberálisok egyöntetűen méltatták a Warren bíró által vezetett bíróság erőfeszítését, melyet a pornográfia cenzúrájának korlátozása érdekében tett, és a hatvanas évek végének szexuális politikáját a személyes szabadságjogok és a politikai szabadság forrásának látták.

Ugyanakkor a feministák a hetvenes évek vége és a nyolcvanas évek eleje táján – amúgy hosszú ideje a liberális koalíció oszlopos tagjaiként – egy új kampányt indítottak a pornográfia ellen, és ennek eredményeképp a pornográfiával összefüggő jogi szabályozás a liberalizmus újabb vitatott területe lett. A pornográfia ellen kezdett új kampány különbözött a korábbi, hasonló témában indított kezdeményezésektől, melyek a hagyományos szexuális normák nevében utasították el a pornográfiát. A feministák ezúttal a női egyenjogúság elérésének eszközeként alkalmazták a pornográfia elleni fellépést. Ahogy azt részletesebben tárgyalom esszémben, amely a *Szabadság és feminizmus* címet viselő negyedik fejezet a könyvben, a feminista mozgalom számos vezetője leszögezte, hogy a pornográfia erotizálja a nők feletti uralmat, és a nőket férfihasználatra való szexuális tárgyakká változtatja, mely eljárás részben felelős a nők alávetettségéért a személyes és a nyilvános szférában egyaránt.

Hasonló, a hátrányos helyzetben lévő társadalmi csoportok helyzetét befolyásoló nyilvános megnyilatkozásokkal kapcsolatos aggodalom vezetett az úgynevezett gyűlöletbeszéd szabályozásával kapcsolatos figyelem újraéledéséhez, jóllehet a pszichológiai folyamat, mely révén a gyűlöletbeszéd kifejti káros hatását, különbözik a pornográfiának tulajdonított káros hatás természetétől, és az ilyen módon állítólag áldozattá tett csoportok nem a nők, hanem a bőrszín és vallás alapján azonosított kisebbségi társadalmi csoportok. A hatodik fejezet tárgyalja a gyűlöletbeszéd korlátozhatóságának körülményeit, mely elgondolás a Legfelső Bíróság nevezetes 1992-es *R.A.V. v. St. Paul, Minnesota* ügyéből indul ki. Csakúgy, mint a pornográfia esetében, a kérdés ezúttal is az, hogy a gyűlöletbeszéd korlátozása összeegyeztethető-e a szólásszabadsággal. A liberálisok ebben a kérdésben is elkeseredett küzdelmeket vívtak egymással.

Ismét csak vitázni kezdtek, amikor a modern állam által finanszírozott megnyilatkozások kerültek a terítékre. A hetvenes és a korai nyolcvanas években az volt a fő vitakérdés, hogy az állami finanszírozású iskolák milyen könyveket vásárolhatnak maguknak, illetve könyvtáruk számára, míg manapság az a dilemma, hogy az állam miként finanszírozhatja a művészetet és a köztelevíziót. A liberálisok hagyományosan úgy tekintettek az Első Alkotmánykiegészítésre, mint az egyént védő pajzsra, amely az állampolgárt védi az állam részéről történő illetéktelen beavatkozástól, ám a szólásszabadság e felfogása egyre kevésbé volt alkalmas a megfelelő álláspont kialakítására, amikor nem állami beavatkozás, hanem állami újraelosztás volt a vita tárgya. Az újraelosztó tevékenység szükségképpen folyamatos együttműködést tesz szükségessé az állam és az állampolgárok között, és az

államnak kell döntést hozni arról, hogy a versengő elképzelések közül melyeket fogja támogatni.

Egyes liberálisok válasza az volt erre a dilemmára, hogy az állam úgy, ahogy van, vonuljon ki nyilvános megnyilatkozások finanszírozásának területéről, és hagyjon fel ezzel a tevékenységgel. Érveik szerint a finanszírozás összeegyeztethetetlen az államnak abbéli kötelességével, hogy pártatlannak kell lennie, és nem favorizálhat egyes állampolgári nézeteket másokkal szemben. Mások visszautasították az efféle költségcsökkentő terveket, mondván, az állam által működtetett és finanszírozott iskolák és könyvtárak fontos módokon járultak hozzá az amerikai közélethez és politikai szabadsághoz. Érveik szerint az ilyen állami szerepvállalás felszabadítja a nyilvános megnyilatkozásokat és a kultúrát a piac közvetlen befolyása alól. Ám még a liberálisok ezen csoportján belül is éles viták folynak azon alkotmányos irányelvekről, melyek e kultúrafinanszírozó programok bírósági felügyelete alapjául szolgálnak. Hogy tartható fenn az állami semlegesség ezen a területen? Ezt a kérdést tárgyalom az *Állami aktivizmus és állami cenzúra* című ötödik fejezetben, mely írás apropója a Nemzeti Művészeti Alap (*National Endowment for the Arts)* egy döntése feletti vita volt 1989–90-ben arról, hogy támogathatta-e az Alap Robert Mapplethorpe fotóművész egy kiállítását.

Az 1970-80-as évek szólásszabadság-vitái a liberális körökön belül részben a liberalizmus mint politikai filozófia érettebbé válásának köszönhetőek. Míg a 19. században a liberalizmus szinte egyet jelentett az egyéni szabadságjogoknak az állam ellenében való védelmével, napjainkban a liberalizmus felhatalmazása jóval több területre terjed ki. A liberalizmus manapság, legalábbis ahogy azt az Egyesült Államokban művelik, legalább annyira szolgálja az egyenlőtlenségek csökkentését, mint a szabadság védelmét.

A jog területén ez az ideológiai irányváltás az 1860-as évek polgárháborús alkotmánykiegészítéseiig vezethetők vissza, melyek eltörölték a rabszolgaságot, és minden polgár számára a törvény egyenlő oltalmát kínálták. E folyamat még ennél is fontosabb elemének tekinthető a *Brown v. Board of Education* eset az ötvenes évek közepe táján, és az általa elindított forradalom az amerikai jogban. A *Brown*-eset átalakította az alkotmányos rendet és az azt működtető politikai filozófiát azon meggondolás alapján, hogy az egyenlőség éppoly súllyal nyom a latban az alkotmányban, mint a szabadság.

A jogtudományban a liberalizmus változása legtisztábban John Rawlsnak, korunk egyik legfontosabb filozófusának munkájában érhető tetten. *Az igazságosság elmélete** (A Theory of Justice, megjelent 1971-ben) című munkájában sok fontos területen járult hozzá a liberális elmélethez, azonban talán legfontosabb ezek közük az általa a „különbségek elvének" nevezett elképzelés megfogalmazása és

* John Rawls: *Az igazságosság elmélete.* Budapest, Osiris, 1997.

megindokolása. Ezen elv a legrosszabb helyzetben lévő társadalmi csoport javára történő újraelosztásra buzdított, és ilyenformán egy erős egalitárius motívummal gazdagította a liberális hitvallást. Más vezető liberális jogtudósok munkáiban, Ronald Dworkin [*Vegyük komolyan a jogokat*! (Taking Rights Seriously),* 1977; és *Elvi kérdés* (A Matter of Principle), 1982.], Thomas Nagel [*Egyenlőség és elfogultság* (Equality and Partiality), 1991.] és Bruce Ackerman [*Társadalmi igazságosság a liberális államban* (Social Justice In the Liberal State), 1980.] munkáiban az egyenlőség elve más, de nem kevésbé hangsúlyos formában nyert indoklást.

Ily módon az egyenlőség a liberalizmus egyik alapvető céljává vált. A liberális elmélet hagyományos kötődése az állami minimalizmushoz ennek folyományaképp valamelyest meggyengült. A korlátozott állam lehet a szabadságjogok kiterjesztésének eszköze, de mint arra sokan rámutattak, az egyenlőségelvű célkitűzések gyakran az államhatalom erős gyakorlását követelik meg, beleértve a szólás és az önkifejező cselekvések korlátozását is. Azok, akik például támogatják a pornográfia és a gyűlöletbeszéd korlátozását, el szokták mondani, hogy a szabadságot olykor fel kell áldozni azért, hogy a hátrányos helyzetben lévő társadalmi csoportokat meg lehessen védeni a társadalmi megbélyegzéstől és alárendeltségtől. Hasonló egyenlőségelvű indíttatás alapján vitáznak a kampányfinanszírozásról, a bevásárlóközpontokról mint nyilvános terekről, az elektronikus médiaszabályozásról, továbbá a művészet, az oktatás vagy a könyvtárak számára nyújtott támogatás szabályozásáról. Az állam ilyetén cselekvése azt a célt szolgálja, hogy a hátrányos társadalmi helyzetben lévőknek ahhoz hasonló megnyilatkozási lehetőségeket adjon, mint amelyek a gazdagok rendelkezésére állnak. Sok liberális kiáll az állami beavatkozás, mint az egyenlőség megvalósításának eszköze mellett, annak ellenére, hogy ez az elképzelés magában foglalja az egyéni szabadság feláldozását, különös tekintettel annak szabadságára, hogy tulajdonát vagy bármilyen más gazdasági forrását bárki szabadon az általa választott politikai célra fordíthassa.

E fogalmak mentén az elmúlt két évtized szólásszabadság-vitáit úgy tekinthetjük, mint amelyek a liberálisokat azzal szembesítik, hogy választaniuk kell két transzcendens érték között. Melyiket helyezzük előrébb, a szabadságot vagy az egyenlőséget? A politikai gondolkodásban, de még az alkotmánytanban is gyakori jelenség az efféle konfliktus. Ennélfogva a jelenlegi helyzet a szólásszabadság történetében nem tekinthető egyébnek, mint egy szokványos dilemma felbukkanásának egy új területen. Azonban a mai szólásszabadság-vitákban látok egy másik problémát is, mely láthatatlan fonálként kapcsolja össze az összes, jelen kötetben elemzett kérdést. Ezekben az ügyekben nem egyszerűen csak az történik, hogy a

* Magyarul megjelent belőle: Ronald Dworkin: Vegyük komolyan a jogokat! In: Huoranszki Ferenc (szerk.): *Modern politikai filozófia.* Budapest, Osiris, 1998. – Láthatatlan Kollégium, 58–77.

szabadság konfliktusba kerül az egyenlőség elvével, hanem egy ennél is alapvetőbb konfliktusra, a szabadság és a szabadság közötti konfliktusra is rábukkanhatunk. A liberalizmuson belüli hasadás nem pluralisztikus elkötelezettségéből származik, vagy nem abból, hogy ne tudna fontossági sorrendet megállapítani a szabadság és az egyenlőség között, hanem – ez a meggyőződésem – éppen a szabadság értelme fölötti disputából. A szabadság két eltérő felfogása itt az igazi kérdés.

Egyes liberálisoknak a szólásszabadság azért fontos, mert így nyer védelmet az egyén szabad önkifejezéshez fűződő érdeke, vagy az a joga, hogy azt mondhasson, amit akar. Számukra mindenekelőtt az állam jelenti a veszélyt, amelytől meg kell óvni az egyént. Mások inkább társadalmi kontextusban értik a szabadságot. Ezen felfogás szerint az Első Alkotmánykiegészítés szerepe az, hogy megőrizze a nyilvános beszéd teljességét és nyitottságát: hogy az emberek tisztában legyenek életük fő kérdéseivel, és hogy minden, e kérdésekkel kapcsolatos álláspontot megismerhessenek. E megközelítés szerint a szólásszabadság a nyilvánosságot védő jog – a kollektív önrendelkezés eszköze –, és más fényben tűnik fel az állam is: éppenséggel mint a szabadság barátja. Kétség sem férhet ahhoz, hogy az állam korlátozhatja az életerős közbeszédet, ám nincs okunk feltételezni, hogy így is fog tenni, és ez az elképzelés éppenséggel azt sugallja, hogy az állam cselekedhet a szabadság érdekében is.

Jól látható ez a kampányfinanszírozás példáján. Egyes liberálisok támogatják annak állami szabályozását azért, hogy semmiképp se történhessen meg, hogy a gazdagok hangja kiszorítja a kevésbé jómódúakét. E szándék nem egyszerűen arra irányul, hogy egyenlő helyzetbe hozza a kevésbé jómódúakat – hogy a gazdagokéval egyenlő versenypályához juthassanak –, hanem hogy a közbeszéd minősége ne sérüljön az efféle egyenlőtlenségek miatt. Hasonló meggondolások érvényesülnek más, a liberálisokat megosztó viták kapcsán is. Eltekintve egyes hátrányos helyzetben lévő csoportok, mint a nők vagy a kisebbségek társadalmi helyzetére gyakorolt hatásuktól, egyes liberálisok azért támogatják a pornográfia vagy a gyűlöletbeszéd korlátozását, mert azt vallják, hogy ezek a fajta megnyilatkozások elhallgattatják a hátrányos helyzetű csoportokat, és így eltorzíthatják a közbeszédet. A magánkézben lévő hatalmi centrumok – mint a bevásárlóközpontok vagy az elektronikus média – állami szabályozása azért lenne üdvös, mert általuk a közvélemény sokszínű, éppenséggel egymással ellentétes forrásokból származó információkkal találkozhat. Az elektronikus média vagy a művészetek állami támogatása azért üdvözlendő, mert így szabadulhatnak ki a megnyilatkozások a piactól való szoros függésből, mely nyilván nem semleges a megnyilatkozásokra gyakorolt hatását tekintve, és nem is várható el tőle, hogy megadja az állampolgároknak mindazt, amit tudniuk kell szuverén kiváltságuk gyakorlásához.

Az imént felvázolt állami beavatkozások liberális támogatása vitatott empirikus bizonyítékokon alapszik, mint például a pornográfia elnémító hatása vagy a piac közbeszédet eltorzító természete. Hasonlóan csupán feltételezés, hogy az államot

nem hajtja befolyása alá valamely hatalmi központ, és nem használja éppen ellenkező célra, azaz hogy így nem gazdagodik, hanem szegényedik a közbeszéd. Mindezen területeken természetesen lehetséges a nézeteltérés, mint azt el is ismerem a következőkben olvasható esszékben, ám az állami beavatkozással szembeni harcos ellenállás oka bizonyos liberális körökben – úgy vélem – inkább az ideológiában, mintsem valamely instrumentális okban keresendő. Az elmúlt évek során javasolt állami beavatkozások ütköznek az állami minimalizmus klasszikus liberális követelésével, e követelés azonban az alkotmány felől értelmezve a szabad beszéd olyan felfogásává alakult át, amely kérlelhetetlenül előnyben részesíti az egyén önkifejezéshez fűződő jogait a közvélemény információs szükségleteivel szemben.

E nézeteltérések révén az Egyesült Államokban zajló vad szólásszabadság-vitákat egy sajátos jelleg és intenzitás jellemzi. E viták nem csupán arra késztetnek bennünket, hogy újra szembenézzünk a szabadság és az egyenlőség között feszülő ellentéttel, hanem egy ennél is mélyebben rejlő kérdésre kell választ adnunk, mégpedig, hogy mit jelent számunkra a szabadság. Ezek az esszék, melyeket az elmúlt években írtam, és amelyek ebben a válogatásban most jelennek meg először, erre a feladatra vállalkoznak. E tanulmányok az Egyesült Államok alkotmányos rendszerében gyökereznek, azonban egy olyan kérdést igyekeznek megválaszolni, amely minden demokratikus rendszer, keleti vagy nyugati, régi vagy új számára létfontosságú: mi a szabadság?

Prológus

Az 1960-as évek végén kezdtem tanítani a Chicagói Egyetemen, és abban a szerencsében volt részem, hogy közeli kapcsolatba kerülhettem a korszak egyik legjelentősebb szólásszabadság-kutatójával, Harry Kalven Jr.-ral. (Lásd: Owen M. Fiss: Kalven's Way. University of Chicago's Law Review *1975/43., 4.). 1974 őszén, épp azt követően, hogy átmentem a Yale-re, Kalven meghalt, és egy vaskos kéziratot hagyott az íróasztalán, melyet csupán néhány évvel korábban kezdett el írni. Jamie Kalven, Harry fia látott neki annak a csaknem lehetetlennek tűnő feladatnak, hogy kiadásra előkészítse a szöveget. A rákövető évtizedben Jamie-vel szoros együttműködésben végeztük el ezt a feladatot. (Lásd a szerkesztő bevezetését a munkában: Harry Kalven, Jr.:* A Worthy Tradition. *1988.)*

Akkoriban, amikor a Kalven-kézirat szerkesztésének folyamata a végéhez közeledett, magával az Első Alkotmánykiegészítéssel kezdtem foglalkozni, erről tanítottam és ezen a területen kezdtem publikálni. Fokozatosan egyre több problémám lett Kalvennek az akkortájt gyarapodó számú szólásszabadsági esetekkel kapcsolatos mélységes optimizmusával, mely attitűd átsütött kötetének szövegén, és melyet ékesszólóan fejezett ki a könyv címe: Egy csodálatra méltó hagyomány. *Törtem a fejem, hogy miért alakult ki bennem az ellenérzés ezzel a bevett tradícióval szemben. Rájöttem, hogy ez részben az alapattitűdünkben rejlő különbségnek köszönhető – Harry mindig a jót kereste a dolgokban. Egy idő után ugyanakkor az is világos lett számomra, hogy a megközelítésünkben rejlő eltérés fő oka az, hogy Harry elemzése egy olyan paradigmán alapszik, amely nekem ekkor már idejétmúltnak tűnt: az utcai szónok elképzelésén.*

Az alábbi esszé, melyet először 1985 novemberében, John F. Murray Előadásként adtam elő az Iowai Egyetem Jogi Fakultásán, és a következő évben az Iowa Law Review-ban adtam közre, ezt a gondolatot fejti ki, és javasolja, hogy a szólásszabadság alapjául szolgáló paradigma ma már ne az utcasarok legyen, hanem sokkal inkább az országos tévécsatorna. Most, tíz évvel ezután, azon kell töprengenem, hogy az országos tévécsatorna paradigmáját idejétmúlttá tette-e az a technológiai forradalom, amely a kiberteret, a digitális hálózatokat hozta magával. [Lásd: In Search of a New Paradigm. 104 Yale Law Journal *1613 (1995).]*

Az amerikai alkotmányosság egyik legfigyelemreméltóbb eleme a szólásszabadság. Segít annak a meghatározásában, hogy kik vagyunk mi mint nemzet. Az elv magában az Alkotmányban gyökerezik, azonban megítélésem szerint a Legfelső Bíróság elmúlt jó fél évszázadbeli ítélkezése az, amely alapjaiban formálta ezen elvet, és amelyből energiája és lendülete származik. E bírósági ítéletek indították útnak azt, amit Harry Kalven a „szólásszabadság-hagyománynak"[1] nevezett.

Ha már a hagyomány kerül szóba, Kalven, előtte pedig Karl Llewellyn[2] és T. S. Eliot[3] (óriások vállait említve) egy mindenre kiterjedő szemlélet jogosultságát sugallta. Mindent tekintetbe kell venni – semmit sem szabad kihagyni, a bírói ellenvéleményeket sem, és a meghiúsult indítványokat sem. A Legfelső Bíróság és az Első Alkotmánykiegészítés közötti bármiféle interakciót bele kell foglalni a szólásszabadság hagyományába. E hagyomány, jóllehet, nem egyszerűen egy enciklopédia: meghatározott formája, iránya és súlypontja van. Akik a szólásszabadság-hagyományról beszélnek, igyekeznek abba mindegyik ítéletet belefoglalni, és ebből valahogyan egy általányos érvényű meghatározást leszűrni arról, hogy mit jelent a szólásszabadság; hogy mi tartozik a középpontba és mi a perifériára, mi az, amire már nem terjed ki az Első Alkotmánykiegészítés védelme, és mi az, amire kiterjed a törvény hatálya stb. Az egésznek van egy formája. E forma nem állandó az időben, minthogy minden új ítélet vagy vélemény belekerül a hagyományba, és ily módon hozzájárul az egész szólásszabadság-tradíció átalakulásához, ugyanakkor maga a hagyomány is kényszerítő erőként hat minden jelenlegi és jövőbeli ítéletre. A hagyomány az a háttér, amelyre minden egyes bíró támaszkodik ítélethozatalában. Ez határozza meg, hogy melyek az adott ügy fő kérdései; felsorolja a forrásokat, amelyekkel e kérdéseket ütköztetnie kell a bírónak; és szolgál azokkal a nehézségekkel is, melyeket le kell küzdeni. Irányt mutat a bírónak.

Hiszek abban, hogy hasznos a Legfelső Bíróság szólásszabadság-ügyeire mint hagyományra tekinteni, és erős kísértést érzek arra is, hogy melegen méltassam ezt a hagyományt úgy, ahogy azt Kalven tette. Számomra azonban ez csak a történet fele. Úgy tűnik nekem, hogy e hagyomány bizonyos fontos vonatkozásokban nem mentes a hibáktól – olyannyira, hogy akár az is indokoltnak tűnhet, hogy újrakezdjük az egészet elölről, már amennyiben ez lehetséges.

Első fenntartásaimat a hetvenes években fogalmaztam meg magamnak – azon ritka korszakok egyikében, amikor Amerika hangosan gondolkodott arról, hogy a

[1] Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988.
[2] Karl Llewellyn: *The Common Law Tradition.* Little, Brown and Company, 1960.
[3] T. S. Eliot: Hagyomány és egyéniség. In: T. S. Eliot: *Káosz a rendben.* Bp., Gondolat, 1981. (Eredeti cím: Tradition and the Individual Talent. Első kiadás éve: 1919.)

kapitalizmus és a demokrácia összeegyeztethető-e egymással. A politika világában e kétségek a Watergate-ügyhöz és Nixon elnök későbbi lemondásához kötődnek. Az ügyet kirobbantó esemény az volt, hogy betörtek a Demokrata Párt központi épületébe, ám amíg a felelősségre vonás folyamata elért a végéig, világossá vált számunkra, milyen mértékben korrumpálja a gazdasági hatalom országunk politikáját. A kongresszus válasza e folyamatra az 1974-es kampányreformtörvény[4] (Campaign Reform Act) volt, mely korlátozta a kampányhozzájárulások és a kampányköltés összegét, és állami alapot hozott létre a választások finanszírozására.

A kapitalizmus és demokrácia közötti feszültség a tudomány számára is feladta a leckét, amit ékesszólóan tükrözött Charles Edward Lindblom 1977-es *Politika és piacok*[5] (Politics and Markets) című könyvének heves fogadtatása, és a vita, amit keltett. Lindblom azt igyekezett megmutatni munkájában, hogy – a klasszikus demokráciaelmélettel szemben – a politika nem egy autonóm cselekvési szféra, hanem azok az uralkodó gazdasági érdekek formálják és ellenőrzik, amelyeket éppenséggel a politika lenne hivatott szabályozni. E „körkörösség" következtében a gazdasági és a társadalmi rendszer legfontosabb kérdései – amelyeket Lindblom „nagy kérdéseknek" *(grand issues)* nevez – a politika margóján maradtak. A választók valójában nem fontolták meg komolyan, hogy a kapitalizmus fenntartása indokolt-e, hogy a piac igazságosan méri-e ki a járandóságokat, vagy hogy megítéljék a rendszert, amelyen belül a dolgozói érdekképviseletek tevékenykedhettek, mivel – Lindblom érvelése szerint – a politika napirendjét a gazdasági érdekek irányították.[6]

Amíg a kutatók Lindblom könyvét olvasták és vitatkoztak fölötte és amíg a politikusok megpróbálták megérteni Watergate-et, a Legfelső Bíróság egy sor olyan szólásszabadsággal kapcsolatos esettel szembesült, amelyekben vizsgálni kellett a politikai és gazdasági hatalom kapcsolatát. A Bíróságnak választ kellett adni arra a kérdésre, hogy megengedhető lenne-e a méltányosság-doktrína* (Fairness

---

* Az Egyesült Államok médiahatósága, a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (FCC) 1949-ben alkotta meg a méltányosság-doktrínát, melynek értelmében az elektronikus médiában vita esetén minden fő érdekelt félnek lehetőséget kellett adni a megnyilatkozásra, és ha egy műsorban kritika ért valakit, akkor az illetőnek alkalmat kellett adni arra, hogy elmondhassa álláspontját. A szabály bizonyos mértékben az európai válaszadási joghoz (vagy a magyar terminológia szerinti sajtóhelyreigazításhoz), illetve a kiegyensúlyozott tájékoztatás európai szabályához hasonlított. E szabályt a hatóság 1987-ben törölte el. *A ford.*

[4] Federal Election Campaign Act Amendments of 1974, Pub. L. No. 93-443, 88 Stat. 1263 [kodifikálva: 2 U.S.C. §§ 431–437h, 438, 439, 441, 455, 456, 490a, 490b, 490c, 5 U.S.C. §§ 1501–1503, 26 U.S.C. §§ 2766, 6012, 9001–9012, 9031–9042 (1982)].

[5] Charles E. Lindblom: *Politics and Markets: The World's Political–Economic Systems.* New York, Basic Books, 1977.

[6] Uo., 201–21.

Doctrine) kiterjesztése az írott sajtóra,[7] és hogy a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (Federal Communications Commission, FCC) köteles-e vietnami erőfeszítéseink kritikusainak teret adni az országos elektronikus médiacsatornákon, hogy ott elmondhassák véleményüket.[8] Egy másik bírósági eset során az 1974-es kampányreform-törvényt támadták;[9] míg egy harmadik esetben megkérdőjelezték Massachusetts állam azon intézkedését, amely korlátozta az üzleti szférából származó kampányköltségeket az olyan népszavazások esetében, ahol a döntés tárgya a jövedelemadó volt.[10] Politikai aktivisták – híján lévén anyagi forrásoknak, mellyel a médiában időt vagy felületet vehettek volna – a bevásárlóközpontokat szerették volna kampánycélokra használni, hogy hozzáférhessenek a nagyközönséghez, és ebbéli céljuk érdekében a bíróságokhoz fordultak.[11] Hasonló ügyek nyilvánvalóan már korábban is felbukkantak a Legfelső Bíróság gyakorlatában, azonban a hetvenes években egyre gyakoribbak és nagyobb jelentőségűek lettek, és úgy tűnt, hogy az efféle kérdések dominálnak a testület elé kerülő, az Első Alkotmánykiegészítést tárgyaló ügyekben.

Ezek az esetek rendkívül bonyolult kérdésekkel szembesítették a Legfelső Bíróságot, talán az Első Alkotmánykiegészítés legnehezebb kérdéseivel, ami által előre megjósolható volt, hogy lesznek nézeteltérések a testületen belül az ítéletek során. Sejthető volt az is, hogy születnek elhibázott döntések. Amitől azonban elképedtem, az az ítéletek kiismerhető tendenciája volt: a kapitalizmus majdnem mindig nyert. A Legfelső Bíróság döntése érvénytelenítette a válaszadás jogát biztosító döntést, amely lehetőséget biztosított volna arra, hogy az érintettek vitás esetekben teret kaphassanak az írott sajtóban a válaszadásra; hasonlóképp, ítélete szerint az FCC-nek nem kell köteleznie az elektronikus médiát, hogy fizetett szerkesztőségi anyagot tegyen közzé, verdiktje szerint a gazdagok politikai célú pénzköltését nem lehet korlátozni, és végül megint csak ítélete szerint a plázák és bevásárlóközpontok, melyek a kertvárosi Amerika állampolgárai számára a fő gyülekezőhelyek, mint magántulajdonú közterek tulajdonosai nem kötelezhetők arra, hogy engedélyezzék politikai szórólapok osztogatását e helyszíneken. A demokrácia kollektív önrendelkezést ígér – emberek azon jogát, hogy döntsenek sorsuk felől –; és ezáltal olyan vitát feltételez a fontos kérdésekről, amely (Brennan legfelső bírósági bíró klasszikus formuláját használva) „korlátlan, *erőteljes* és szélesre nyitott".[12] A hetvenes évek szólásszabadság-ítéletei ugyanakkor olybá tűntek, hogy inkább elszegényítik,

---

[7] *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241 (1974).

[8] *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94 (1973).

[9] *Buckley v. Valeo,* 424 U.S. 1 (1976).

[10] *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,* 435 U.S. 765 (1978).

[11] *Lloyd Corp. v. Tanner,* 407 U.S. 551 (1972).

[12] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 270 (1964).

semmint gazdagítanák a nyilvános vitákat, és mint ilyenek, fenyegették a hatékony demokrácia egyik legalapvetőbb feltételét. És úgy tűnik, hogy meglehetős szisztematikussággal tették ezt.

Elsőre hajlottam arra, hogy ezen ítéleteket a nagyrészt Nixon elnök által kinevezett tagokkal feltöltött és az elnök által kinevezett Warren Burger legfelső bírósági elnök által vezetett testület abbéli szándékának tudjam be, hogy az ítélkezésben a szabadság új prioritást kapjon, és hogy így vessen véget az Earl Warren által vezetett korábbi testület egalitáriánus keresztes háborújának. Feltételezésem az volt, hogy ezen szólásszabadsággal kapcsolatos ügyekben, hasonlóan ahhoz, ahogyan az iskolafinanszírozás területén járt el,[13] a Burger vezette testület nem kívánta a szegények és kevésbé tehetősek helyzetén javító intézkedéseket támogatni, ha ez bárki szabadságának a feláldozásával járt együtt. Alaposabban megvizsgálva ezeket az eseteket, e problémák mélyebbnek és bonyolultabbnak tűntek. Rájöttem, hogy a probléma nem egyszerűen a szabadság és az egyenlőség ellentéte; sokkal inkább a szabadság két felfogása közötti konfliktus rejlik ezen ügyek mélyén. A vívott harc nem egyszerűen csata volt a szabadság és az egyenlőség között, hanem szabadság kontra szabadság küzdelem, vagy másképp fogalmazva, a csata nem az Első Alkotmánykiegészítés és az egyenlő védelem elve *(Equal Protection Clause)* között, hanem magán az Első Alkotmánykiegészítésen belül zajlik. Azt is megértettem, hogy a bíróság nem a szólásszabadság egy különös felfogását támogatja, hanem e felfogás jól működött a szólásszabadság-hagyomány szokásos keretein belül. Nem arról volt szó, hogy a Legfelső Bíróság egyszerűen a vállalkozói szabadsággal (vagy tulajdonnal) helyettesítette volna a politikai szabadságot;[14] a gazdagok vagy a tőke tulajdonosai talán nyertek, de csak azért, mert a politikai szabadság kívánalmát olyan módon vezették elő, hogy az pontosan illeszkedett a bevett szólásszabadság-hagyományba. A pénz: beszéd – épp annyira, mint amennyire egy utcai felvonulás vagy egy könyv eladása az.

Idővel meggyőződésemmé vált, hogy azok a nehézségek, amelyekkel a Legfelső Bíróság viaskodott a hetvenes évek szólásszabadsággal kapcsolatos eseteiben, kivétel nélkül visszavezethetők a szólásszabadság-tradíció egyes tökéletlenségeire. A probléma a hagyománnyal volt, nem a bírósággal. Nem a hagyomány volt az, ami *kikényszerítette* ezeket az eredményeket; nincs olyan precedensanyag, mely képes lenne erre. Egy eltökélt, agyafúrt jogi mesterember kétségtelenül képes lehetett volna rá, hogy a szólásszabadság-hagyomány keretein belül maradva az ellenkező eredményeket hozza ki az eljárás végén, talán akár minden esetben. Azonban

[13] *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez,* 411 U.S. 1 (1973).

[14] Ugyanakkor lásd Norman Dorsen – Joel Gora: Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances. 1982 *The Supreme Court Review* 195.

a dolgot egészében nézve úgy tűnik, hogy a hagyomány sugallt rossz irányt a bíráknak, és szolgáltatott kiváló alapot a többségük számára, hogy azt állítsák – egyébként meglehetősen hitelesen –, hogy a szólásszabadságot védik, miközben valójában valami egészen más, jóval homályosabb dolgot cselekedtek. Ez azt jelentette, hogy e döntések kritikája nem a Burger-bíróságot kellett hogy illesse, hanem valami nagyobb dolgot: az alaposan körülárkolt, de a végén mégiscsak tökéletlennek bizonyuló szólásszabadsági-jogi elvek együttesét.

I.

A szólásszabadság-hagyomány egész történetét tekintve lényegében az utcai szónokot védte. Valaki fog egy szappanosládát, kiteszi az utcasarokra, és arra fellépve fennhangon bírálja a kormányt, majd közrendbontásért letartóztatják. E helyzetben az Első Alkotmánykiegészítés mint pajzs nyeri el értelmét, amely az egyént védi az állam elhallgattatási szándékával szemben.

Az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos eljárások az első világháború alatt keltették fel a Legfelső Bíróság figyelmét, abban az időszakban, amikor e bizonyos alkotmányos pajzs meglehetősen vékony volt. Az utcai szónokot a legkisebb rendzavarásért letartóztatták. Az első ítéleteket nyíltan bírálták, például Brandeis és Holmes legfelső bírósági különvéleményeikben, ám e kritika, légyen olykor bármilyen ékesszóló és hősies, megmaradt az ismert keretek között, és a szólásszabadság határait csupán lépésről lépésre kívánta tágítani; elgondolásuk korlátozni kívánta a rendőr tetteit, és egyre több védelmet kívánt nyújtani az utcai szónoknak. E lépésenkénti stratégiában a kritika a progresszív mozgalom jellegéhez igazodott, és emellett sorsában is osztozott. A progresszív kritika a harmincas években érte el első sikereit a Hughes vezette legfelső bírósági testület korszakában, ám az Earl Warren vezette testület alatt érvényesült igazán; ekkorra vált az utcai szónok méltóvá ahhoz, hogy a demokrácia megvédje.

Nagyrészt e történelmi folyamatból származott a tartalomszabályozást tiltó elv, mely manapság a szólásszabadság-szabályozás sarokköve. A rendőr nem tartóztathat le egyetlen beszélőt sem az utcán csupán azért, mert nem tetszik neki, amit a szónok mond. A megnyilatkozások helyére, idejére, jellegére vonatkozólag hoztak ésszerű szabályokat – például az úttest közepét nem választhatja a beszélő szónoklata helyszínéül –, ám a beavatkozás nem alapulhat az elhangzott beszéd tartalmán vagy azon a kívánalmon, hogy egyes eszmék másokkal szemben előnyt élvezzenek. Természetesen a Legfelső Bíróság bizonyos helyzetekben megengedte a rendőrnek, hogy az elhangzott beszéd tartalma alapján intézkedjen, például amikor a beszélő bujtogatni akarta valamire a tömeget. De még ebben az esetben is ügyelt arra, hogy a rendőr a lehető legutolsó pillanatban lépjen közbe, amikor a tömeget abban kell megakadályozni, hogy elszabaduljon valami visszafordíthatatlan. Igazából a 20. század legnagyobb részében az Első Alkotmánykiegészítéssel foglalkozó jogtudomány nagy részét a „nyilvánvaló és közvetlen veszély” *(clear and present*

danger) és az „izgatás" *(incitement)* tesztjeiről folyt vita tette ki, mely erőfeszítések célja egy, azt a bizonyos lehetséges utolsó pillanatot jól kifejező nyelvi fordulat megtalálása volt.[15] Mindazok számára, akik részt vettek e nagy vitában, a közös nevező az volt – mint azt az 1969-es *Brandenburg v. Ohio* ítélet[16] egyértelműen leszögezte, mely talán e viták összegzésének és sok szempontból a Warren-testület e vitában hozott utolsó megnyilatkozásának is tekinthető volt –, hogy a rendőr nem avatkozhat közbe, ha a beszélő csupán általánosan tárgyal eszméket, legyenek bármilyen népszerűtlenek is azok.[17]

Én lennék az első, aki elismeri, hogy az első világháborús szólásszabadság-esetektől[18] az 1969-es *Brandenburg*-esetig tartó hosszú út nemes és lelkesítő tapasztalat. Az utcai szónoknak teljes védelmet nyújtó jogelvi anyag valóban meglehetős elismerést érdemlő teljesítmény; a védettséget kiharcoló csaták kemények voltak, és kimenetelük messze volt a biztostól. Szabadságunk egyik áldása a *Brandenburg*-eset. A probléma azonban az, hogy az utcai szónok mára elhanyagolható szerepet játszik a nyilvános vitákban, és az az elvi konstrukció, amely a Kalvenhez hasonlóan gondolkodóknak az utcai szónokkal a középpontban oly nagyszerűnek tűnt, mára a modern társadalom körülményei között szinte teljesen használhatatlan.

A Kalven által magasztalt hagyomány, az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt szólásszabadság egyenlő az autonómia védelmével – a törvény pajzzsal védi a beszélőt. Mindamellett, az elmélet, amely e védelem alapjául szolgál, amely Kalvent[19] és korábban előtte Meiklejohnt[20] inspirálta, és amely ma uralja a szólásszabadság-vitákat,[21] az Első Alkotmánykiegészítés alapvető célját társadalmi vagy politikai fogalmak szerint jelöli ki: a szólásszabadság célja nem az egyén önmegvalósításának biztosítása, hanem a demokrácia megőrzése, és az, hogy az emberek saját maguk dönthessenek arról, hogy milyen életet kívánnak élni. Az

---

[15] Lásd például Gerald GUNTHER: Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History. 27 *Stanford Law Review* 719 (1975); Harry KALVEN, Jr.: Professor Ernst Freund and Debs v. United States. 40 *University of Chicago Law Review* 235 (1973).

[16] 395 U.S. 444 (1969).

[17] Uo. 447–49.

[18] Lásd például *Schenck v. United States,* 249 U.S. 47 (1919); *Froltwerk v. United States,* 249 U.S. 204 (1919); *Debs v. United States,* 249 U.S. 211 (1919).

[19] Harry KALVEN, Jr.: The New York Times Case: A Note on „The Central Meaning of the First Amendment". 1964 *The Supreme Court Review* 191.

[20] Lásd Alexander MEIKLEJOHN: The First Amendment Is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review* 245; lásd még William J. BRENNAN, Jr.: The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment. 79 *Harvard Law Review* 1 (1965).

[21] Lásd például: Lee C. BOLLINGER: Free Speech and Intellectual Values. 92 *Yale Law Journal* 438 (1983). A széles támogatást jól jelzi, hogy olyan ellenfelek, mint Kalven és Bork e kérdésben hasonlóképp vélekednek. Lásd: Robert H. BORK: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

autonómia nem önmagáért védendő, ahogy például egy kantiánus vélné, hanem azért, mert az autonómia a kollektív önrendelkezés eszköze vagy instrumentuma. Hagyjuk, hogy az emberek beszéljenek, hogy mások szavazhassanak. A beszéd lehetővé teszi az embereknek, hogy ismervén az összes lehetőséget és rendelkezvén az összes lényeges információval, értelmesen és szabadon szavazzanak.

Ezen elmélet alapfeltevése, hogy az autonómia védelmezése fogja létrehozni azt a nyilvános vitát, amely, hogy ismét e talizmánszerű formulát alkalmazzam, „korlátlan, *erőteljes* és szélesre nyitott". A hagyomány feltételezi, hogy ha az embereket békén hagyják, távol a rendőr fenyegető, nehéz tenyerétől, akkor ők a kérdéseket teljes mélységükben és méltányos módon fogják megtárgyalni. E gondolat előfeltevése, hogy az autonómia tartalmas nyilvános vitákat eredményez. Az utcasarok perspektívájából e feltételezés méltányolható lehet. Ám ha perspektívánkat megváltoztatjuk, mondjuk a CBS tévécsatornára fókuszálva, akkor e feltételezés tüstént roppant problematikussá válik. Ezen a ponton az autonómia és a tartalmas nyilvános vita, a két szólásszabadság-érték, jócskán széttartóvá és egymást kölcsönösen kizáróvá kezd válni.[22] A CBS tekintetében alkotott paradigmát alkalmazva elképzelhető, hogy az autonómia önmagában *elégtelen* ahhoz, hogy tartalmas nyilvános vita jöjjön létre. Különös módon, az autonómia éppen, hogy *ártalmas* lehet azon bizonyos célok elérése vonatkozásában.

Vannak, akik elismerik a paradigmaváltást, és azt, hogy az utcasarok idejétmúlt dolog, de ettől függetlenül a CBS-t csak a régi fórum egy új változatának tartják, afféle elektronikus utcasaroknak.[23] Ők úgy követelik a hozzáférést a tévécsatorna adta nyilvánossághoz, mintha az csak a nézetek kifejezésének egy másik fóruma volna, és ragaszkodnak ahhoz az elvhez, hogy a fórumhoz való hozzáférésnek nincs köze ahhoz, hogy az adott fórum éppenséggel kinek a tulajdonában áll. Ez a nézet közelebb visz bennünket ahhoz, hogy megértsük, milyen szerepet is játszik a szabad szólás a modern társadalmakban, azáltal, hogy megmutatja, hogy a szólásszabadság gyakorlása függ attól, hogy kinek milyen anyagi források állnak rendelkezésére, és emlékeztet bennünket arra, hogy manapság több kell hozzá, mint egy szappanosláda, egy erős hang és a tehetség a közönség figyelmének megtartására. Másrészt e nézetből hiányzik valami: nem veszi figyelembe azt a tényt, hogy a CBS nemcsak fórum, hanem beszélő is, és ily módon elbagatellizálja azt a nehézséget, amit a kommunikációs paradigmaváltás jelent a bevett szólásszabadság-

---

[22] A két szólásszabadság-értékről lásd Brennan bíró megjegyzését: William J. BRENNAN, Jr.: Addres. 32 *Rutgers Law Review* 173 (1979). E szemléletet tükröző vélemény *Richmond Newspapers v. Virginia,* 448 U.S. 555, 584-89 (1980) – Brennan bíró itt párhuzamos véleményt fogalmaz meg. Lásd még Jeffrey L. BLUM: The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending. 58 *New York University Law Review* 1273 (1983).

[23] Lásd például Jerome A. BARRON: *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media.* Indiana University Press, 1973.

hagyomány számára. Számomra a CBS egyszerre fórum és beszélő; és a CBS beszélő-státusa az, ami e hagyomány számára a legnagyobb nehézséget jelenti. Mint beszélő, a CBS igényelheti autonómiája védelmét, amit a hagyomány szavatol számára, és mégis elképzelhető, hogy az autonómia gyakorlása nem gazdagítja, hanem inkább elszegényíti a nyilvános vitát azzal, hogy korlátozza, hogy mely nézetek jelenhetnek meg a rádióhullámokon, és így meghiúsítja a szólásszabadság-hagyomány demokratikus törekvéseit.

Ha a CBS-ről mint a beszélőről gondolkodom, és megkövetelem számára a szólásszabadság-hagyomány adta előnyöket, azt feltételezem, hogy a hagyomány védte autonómiát nem kell kizárólag az egyénre korlátozni. Ez kiterjedhet intézményekre is. Az autonómiát nem azért értékelték nagyra Meiklejohn és hívei, amivel az hozzájárul az egyén fejlődéséhez (önmegvalósítás), hanem azért a hozzájárulásért, amely révén gazdagodik politikai életünk, és e hozzájárulás származhat szervezetektől éppúgy, mint magánszemélyektől. Az NAACP,* a Náci Párt, a CBS és a First National Bank of Boston, akárcsak egy egyén, jogosultak a hagyomány által szavatolt autonómiára, és nem célszerű ezen intézményi autonómiákat azon személyek egyéni autonómiájává redukálni, akik (bármely időpontban) a szervezetet irányítják, vagy azon belül dolgoznak.

Az intézményi autonómiát védelmező ezen elkötelezettség részét képezi a felfogás, miszerint egy szervezetnek lehetnek nézőpontjai, és hogy e nézőpontok nem kevésbé érdemesek az Első Alkotmánykiegészítés védelmére, mint amennyire az egyéneké. Egy szervezet nézőpontja nem redukálható senki egyéni nézeteire, minthogy az egyének, belső szervezeti struktúrák és a szervezetet meghatározó környezet közötti összetett interakció eredményeképp jön létre. Egy olyan szervezet, mint a CBS vagy a First National Bank of Boston nézőpontja talán nem annyira hangsúlyos, határozott, mint az NAACP-é vagy a Náci Párté (és talán ezért gondolunk egy tévécsatornára inkább fórumként), azonban ettől még e szervezetek nézőpontja éppoly valódi, átható és kommunikált – csaknem a végtelenségig. Nem szorítkozik mindössze a sugárzott „szerkesztőségi üzenetekre", hanem kiterjed a *Szerelemhajó*** (Love Boat) című népszerű tévésorozatra is. Egy egyszerű tévéshow-ban vagy reklámban is megjelenik egy világkép, amely cserében előfordul, hogy meghatározza vagy irányítja lehetőségeinket és választásainkat.

Ebből a szemszögből nézve a CBS autonómiájának védelme a tartalomszabályozást elvető szabályon keresztül éppoly megfelelőnek tűnik. A CBS szabadsága arra nézve, hogy azt mondjon, amit kíván, gyarapíthatja a közéleti vitákat (ha jóin-

* Országos Szövetség a Színesbőrű Emberek Fölemelkedéséért *(National Association for the Advancement of Colored People). A ford.*

** A Love Boat népszerű sitcom sorozatot 1977 és 1986 között sugározta – az ABC tévétársaság. *A ford.*

dulatúan szemléljük a dolgot), és így hozzájárulhat az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus céljainak megvalósításához. A baj csak az, hogy fordítva is működik a dolog, mivel amikor a CBS hozzáad valamit a közéleti vitákhoz, ugyanazzal az aktussal el is vesz belőlük valamit. Amit mondanak, az meghatározza azt, hogy mit nem mondanak. A döntés, hogy az esti főműsoridő alatt a *Szerelemhajó* menjen, szükségképp magával hoz egy másik döntést arról, hogy a szóban forgó idősávban nem egy másik műsor lesz, amely bírálja az elnök külpolitikáját, vagy egy dokumentumműsor Lindblom valamelyik „nagy kérdéséről". Ily módon láthatjuk, hogy az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt célok teljesítésének kulcsa nem az autonómia, mely a legbizonytalanabb vagy leginkább kétarcú viszonyban van a nyilvános vitákkal, hanem e kulcs a tévéadás aktuális hatásában keresendő: mindent összevetve gazdagítja-e az a közéleti vitákat. A beszéd védelmet élvez, amikor így tesz (és csak ekkor élvez védelmet), és pontosan azért, mert gazdagítja a közéleti vitákat, és nem amiatt, mert a tévéműsor az autonómia gyakorlásának számít. Igazából az autonómiát alkalmanként fel kell áldozni azt biztosítandó, hogy a közéleti vita kellően gazdag legyen ahhoz, hogy hozzájáruljon a valódi kollektív önrendelkezés létrejöttéhez. Amire az Első Alkotmánykiegészítésben a „szólásszabadság" kifejezés utal, az egy szociális állapot, nem pedig egy egyén vagy egy intézmény cselekvése.

Az a kockázat, amit az autonómia jelent a szólásszabadságra nézve, nem korlátozódik az olyan esetekre, amikor a CBS vagy más média gyakorolja a szólásszabadságot, hanem előfordul azon helyzetekben is, amikor a beszédre szűkös körülmények között kerül sor, azaz amikor a kommunikációra való lehetőség korlátozott. E helyzetekben egy adott megnyilatkozás szükségképp elveszi a helyet egy másiktól. Az utcasarki helyzetben a szűkösség nem tűnik fel; amikor az utcasarokra gondolunk, szokásosan azt feltételezzük, hogy minden szónok lehetőséget kap beszélni, és hogy a közönség figyelme lényegében végtelen. Igazából ezért is tűnik az utcasarki helyzet oly vonzó tanmesének. Azonban a politikában a szűkösség nem a kivétel, hanem éppen hogy a szabály. A kommunikáció számára adott tér és idő korlátai miatt, vagy pedig az üzenetek megemésztését és feldolgozását lehetővé tevő képességeink véges volta miatt korlátozottak a lehetőségek a beszédre. Ez teljesen nyilvánvaló és egyértelmű az elektronikus médiában, amely meghatározó szerepet játszik annak eldöntésében, hogy milyen témákról vitatkoznak és azt hogyan teszik, de e korlátozottság más kontextusokban is fontos. Egy népszavazáson vagy egy választás alkalmával például jó okunk lehet az aggodalomra, ha a kampányba beszállnak a gazdagok vagy a hatalmasok, mivel a rendelkezésükre álló források révén képesek arra, hogy a nyilvánosságot elárasszák az üzeneteikkel. A plázák hangosbeszélőin játszott andalító zene megtölti az oda sereglő emberek elméjét. Vagy vegyük azt, hogy milyen könyveket vásárol meg egy könyvtár, vagy hogy mi kerül egy iskolai tananyagba. A döntés egy könyv beszerzéséről vagy egy kurzus tantervbe emeléséről szükségképpen más könyvek, illetve kurzusok kizárását jelenti.

Természetesen, ha világos képünk lenne arról, hogy mit kellene magában foglalnia a nyilvános vitának, biztos alapunk lenne ahhoz, hogy eldöntsük, hogy a vita, mely az autonómia gyakorlásából származik, tényleg magával hozza-e az igazi kollektív önrendelkezést. Herbert Marcuse szerint például a háború, rasszizmus vagy gazdasági kizsákmányolás támogatása ellentétes a demokrácia elveivel, így nem tolerálható.[24] Az efféle, lényegre törő kiindulási pont megkönnyíti a dolgokat, ám nem feltétlenül szükséges. Enélkül is minden okunk meglehet az aggodalomra az autonómia által uralt közéleti viták minőségével kapcsolatban; az autonómia védelme olyan vitákat fog eredményezni, melyek magukon viselik a társadalmi struktúrát uraló erők befolyását. Thomas Jefferson idejében, amikor egymással szemben álló egyénekből állt a világ, ez nem jelentett gondot, mivel elmondható volt, hogy a társadalmi rendszer – csakúgy, mint a formális politika folyamata – önmagában demokratikus volt. Ma azonban minden okunk meglehet az aggodalomra, minthogy a világ, amelyben élünk, távolabb van a Jefferson által megálmodott demokráciától, mint az utcasarki szónok világától.

Az autonómia uralma által eltorzított közéleti viták feletti félelmem egyáltalán nem kötődik a kapitalizmushoz. Akkor érzem, amikor a hatalmat egyenlőtlenül látom eloszlani egy társadalomban: a kapitalizmus csak egyike azon számos társadalmi rendszernek, amely egyenlőtlenül osztja el a hatalmat. Ezenkívül azt sem hiszem, még a kapitalizmus kontextusában sem, hogy a hatalomgyakorlás a társadalomban kizárólag a gazdasági hatalomból származna, és a közéleti viták torzulásait sem gondolom egyértelműen visszavezethetőnek gazdasági okokra; bürokratikus rendszerek, személyiségek, társadalmi szakadékok és kulturális normák mind szerepet játszanak abban, hogy milyen lesz a közéleti viták minősége. Azonban ettől függetlenül kijelenthető, hogy a kapitalista társadalomban az autonómia védelme általánosságban olyan közéleti vitát hoz létre, melyben domináns szerepet játszanak azok, akik gazdasági hatalommal bírnak. A piac – még ha hatékonyan és kifinomultan működik is – nem szavatolja minden releváns vélemény részvételét a vitában, hanem csak azokét, amelyeket a gazdagok támogatnak, vagy olyanok, akik tudnak másoktól kölcsön kérni ehhez, vagy esetleg akik egy olyan terméket képesek létrehozni, amely megfelelő számú hirdetőt, illetve előfizetőt képes felhajtani, így biztosítandó vállalkozásuk fenntarthatóságát.

A CBS nem monopólium, hanem néhány másik nagy (és kisebb) csatornával versenyez a publikum figyelméért. A tény, hogy a CBS vezetőit (pontosan nehezen meghatározható mértékben) a piac irányítja döntéshozatalaikban, egyáltalán nem csökkenti annak kockázatát, hogy az autonómia védelme – a rendőr kezének visszatartása – nem hozza majd létre azt a közéleti vitát, amelyet a demokratikus el-

[24] Herbert Marcuse: Repressive Tolerance. In: Robert Paul Wolff – Barrington Moore, Jr. – Herbert Marcuse: *A Critique of Pure Tolerance.* Beacon Press, 1965. 81.

mélet elengedhetetlennek tart. A piac önmagában egy korlátozó struktúra, mely meghatározott módon csatornázza, terelgeti és formálja azt, hogy miként fogják az autonómiát gyakorolni. Ebből a szemszögből tekintve a szabad és nyílt vita elhanyagolható, ha a piac által a nézők számára megjelenített választékot például a *Szerelemhajó* és a *Fantázia-sziget** jeleníti meg. Ebben a tekintetben a CBS és a többi nagy médiacsatorna ékesen illusztrálja – mint példa, és nem mint kivétel –, hogyan működik a média egésze a kapitalizmusban. Igaz, a CBS és az elektronikus média többi csatornája az államtól kapott frekvenciahasználati engedély révén tevékenykedik, mely rendszer a frekvenciaszűkösség érvén alapszik. Azonban azok a veszélyek, amelyekről én beszélek, nem korlátozhatók az olyan esetekre, amikor a közéleti viták torzulása inkább a gazdasági, mintsem a jogi, illetve technikai indokoknak tulajdonítható.

Az egyénnek az a joga, hogy „szabadon" alapíthat újságot, nem vonatkozik a tévécsatorna indítására, mivel az utóbbi esetben mind tőkére, mind az állam engedélyére szükség van, szemben az újság példájával, ahol csak tőkére van szükség. Azonban önmagában a tény, hogy tőkére van szükség, aggodalomra adhat okot, hisz a tőkeigény éket ver az autonómia és a közéleti vita közé. Az állami frekvenciagazdálkodás meghatározott módokon torzíthatja a piacot, ám még a közgazdászok ábrándjaiban élő piac is befolyásolja a közéleti vitákat, nem feltétlenül csak olyan tényezők miatt, melyek közvetlenül kapcsolódnak az eladhatóság logikájához, hanem olyan tágabb meghatározottságot jelentő ügyek miatt is, mint a társadalmi nemek egyenlősége vagy a nukleáris eszközök terjedése (jóllehet nehéz megjósolni, hogy az efféle ügyek milyen módon, milyen irányba fogják eltéríteni a közéleti vitákat). Nem csoda, hogy a szólásszabadság-hagyományt hajlamosak vagyunk „a gondolatok piacának" *(marketplace of ideas)* nevezni.[25]

---

* Az ABC tévécsatornán 1978 és 1984 között futó fantasy sorozat. *A ford.*

[25] A metafora Holmes bíró nevezetes különvéleményéből származik, *Abrams v. United States,* 250 U.S. 616, 630 (1919). – Holmes, különvélemény: „De amikor az emberek felismerték, hogy az idő számos viaskodó meggyőződést eltöröl, a saját személyes életvitelük alapjául szolgáló hitnél is jobban kezdtek hinni abban, hogy a vágyott végső jó könnyebben érhető el az eszmék szabad adásvétele révén – azaz, hogy az igazság legjobb mércéje a gondolat hatalma, mely révén az elfogadtatja magát a piacon zajló verseny során…". Maga a „gondolatok piaca" elnevezés furcsa módon Brennan bírótól származik. Lásd *Lamont v. Postmaster General,* 381 U.S. 301, 308 (1965) – Brennan bíró, párhuzamos vélemény. Brennan Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatban kialakított véleményének deliberatív eleme Brandeisre vezethető vissza, akit gyakran Holmesszal kapcsolnak össze annak okán, ahogy a nyilvánvaló és közvetlen veszély tesztjét használta, de akinek nem volt szájíze szerint való a piac-metafora. A szólásszabadság-hagyomány poétikájáról lásd ezen ihletett esszét: David Cole: Agony at Agora: Creative Misreading in the First Amendment Tradition. 95 *Yale Law Journal* 857 (1986).

II.

A klasszikus liberalizmus éles elkülönültséget tételez az állam és a polgár között. Arra tanít bennünket, hogy óvakodjunk az államtól, a szabadság és a korlátozott állam közé pedig egyenlőségjelet tesz. A szólásszabadság-hagyomány e szemléletre épít, amikor a szabad szólást az autonómiára redukálja, és az autonómiát a kormányzati beavatkozás hiányaként definiálja. A liberalizmusnak az állammal szembeni bizalmatlanságát jól fejezi ki a rendőr és a szappanosládáról beszélő utcasarki szónok ellentéte, illetve a meggyőződés, hogy a rendőr a beszéd ellensége. A szólásszabadság bevett tradíciójában a szabad beszéd pusztán egy alkotóelem lesz – talán az egyetlen, ami megmarad[26] – a kormányzat korlátozásának jóval szélesebb jogalapjából. Vonzerejét nagyban köszönheti a liberalizmussal kapcsolatos történelmi elkötelezettségünknek.

Amikor azt javaslom, hogy az utcasarokról a CBS-re összepontosítsuk figyelmünket, akkor ezzel nem akarom tagadni az államnak és a polgárnak a klasszikus liberalizmus általi megkülönböztetését. Ehelyett álláspontom az, hogy nem egymástól hermetikusan elzárt szférákként kell szemlélnünk őket. A CBS se nem egy állami cselekvő, se nem egy privát állampolgár, hanem valami mindkettőjükből. A CBS magántulajdonban van, és dolgozóit nem az államkincstár fizeti. Ugyanakkor az is igaz, hogy a CBS központi tulajdonát – a műsorszolgáltatási engedélyt – az állam hozta létre és adta át a tévécsatornának. Ez adja azt a jogot a CBS-nek, hogy másokat kizárjon a számára átadott frekvenciasávból. Ezen kívül a CBS az engedély birtokában másféle, általánosabb előnyökhöz is jut, például a cégbejegyzés vagy az adózás révén. A CBS-re igaz, hogy emellett közfunkciókat is ellát, mégpedig az oktatásban. Ilyenformán a CBS-ben keverednek a magán és a köz elemei. Ugyanez igaz a nyomtatott sajtóra, csakúgy, mint minden vállalatra, szakszervezetre, egyetemre és politikai szervezetre. Manapság a társadalom nagyobb részét olyan szervezetek teszik ki, melyekben helyet kap a magán- és a közszféra is.

[26] Lásd Ronald H. Coase: The Market for Goods and the Market for Ideas. 64 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 384 (1974); Aaron Director: The Parity of the Economic Market Place. 7 *The Journal of Law and Economics* 1 (1964).

Az utcasarokról a CBS-re való összpontosítás révén felismerhetjük a jelentős társadalmi intézmények hibrid jellegét; így kezd leomlani a válaszfal itt-ott a klasszikus liberalizmus által elválasztottnak tekintett köz- és magánszféra között. Hasonlóképpen e szemléletváltás megspórolja számunkra azokat a fölösleges osztályozási gyakorlatokat, amikor is azt latolgatnánk, hogy a CBS „igazából" a magán- vagy a közszférához tartozik-e, és emellett a szólásszabadság-hagyomány kicsiny drámája által megörökített sztereotip szerepeket is újraértékelhetjük így. Többé nem hagyatkozhatunk arra a meggyőződésre, hogy a rendőr szükségképpen gonosz, és hogy az állampolgár jó. Az Első Alkotmánykiegészítés által védelmezett ügyekben éppúgy eljárhat fenyegetőleg egy magánszemély, mint egy állami szervezet. Egy magántőkével működő vállalat éppúgy fenyegetheti a közbeszéd sokszínűségét, mint egy állami szervezet, minthogy mindkettőre szabályok vonatkoznak, melyek korlátokat szabhatnak nekik a tekintetben, hogy mit mondhatnak vagy másoknak mint engedhetnek mondani. Az állam rendelkezik a legitim erőszak monopóliumával, azonban nincs szükség e különleges hatalmi jogosultságra ahhoz, hogy féken tartsa és korlátozza a közügyek tárgyalását. Egy műsorigazgatónak nem kell letartóztatnia valakit (jogosan vagy másképp) ahhoz, hogy megvalósítsa e célt, elég, ha egy műsor helyett egy másikat választ, és bár e döntés nem teljesen tetszőleges vagy önkényes, mert korlátozza azt a piac, ez a tényező nem csökkenti a közügyek megvitatására gyakorolt fenyegetést. Ehelyett ez épp maga a probléma forrása. És az úgynevezett magánkézben lévő média ugyanilyen korlátozások közepette működik, a piac igyekszik korlátozni és határok közé szorítani a közhírré tett témákat.

Csakúgy, ahogy többé nem lehet kijelenteni, hogy a magánszektor csupán szabadságból áll, az államról sem állíthatjuk, hogy csak cenzúrázna. Ez úgyszintén annak a tanulsága, hogy immár nem az utcasarki szónokot, hanem a CBS-t vizsgáljuk. E szemléletváltás emlékezethet bennünket arra, hogy a modern világban az állam éppúgy gazdagíthatja a közéleti vitákat, mint ahogy korlátozhatja azokat. Az állam ezt részben különféle támogatások és más juttatások révén teheti. Itt nem csak olyasmikre gondolok, mint az állam szerepére abban, hogy a CBS frekvenciához jutott, hanem az állami ráfordításokra, melyek révén köztelevíziók és közrádiók, állami és magánegyetemek és közoktatási rendszerek működnek. Ezek az intézmények a közvélemény elé tárnak olyan témákat és szempontokat, amelyeket amúgy elhanyagolnának vagy figyelmen kívül hagynának a piaci kötöttségek által befolyásolt, magánkézben lévő intézmények. Ezáltal rendkívüli mértékben hozzájárulnak a közügyek nyilvános megbeszéléséhez, és így élvezniük kell mindazokat az előjogokat, melyeket a magántőke segítségével működő intézményeknek szánunk (és természetesen eszerint ugyanolyan korlátoknak is kell vonatkozniuk rájuk, mint amelyek a magánkézben lévő intézményekre vonatkoznak).

A támogatásokról szóló rendelkezéseken túl felmerülhet, hogy az állam éppenséggel úgy gazdagíthatja a közügyek megtárgyalását, ha a rendőr már megismert szerepét magára öltve végzi a szabályozás feladatát. A CBS arra tanít bennünket,

hogy az efféle kormányzati cselekvésre – megintcsak a tartalomra alapozva – szükségünk lehet szabadságunk védelme érdekében. A média azon hatalmát, hogy azt sugározza, ami tetszik neki, korlátozni kell; mivel – ahogy láthattuk a behelyettesítés logikájának elemzésekor – e hatalomnak mindig két éle van. Minden pillanatban elvesz valamit a közügyek megtárgyalásából, amikor épp hozzáad valamit. Hasonló módon lehet, hogy a politikai kiadásokat is korlátok közé kell kényszeríteni ahhoz, hogy biztosak lehessünk abban, hogy a kevésbé tehetősek hangját nem fogják elnyomni a közéleti vitákban. A múltban ambivalens módon ismertük el az ilyetén állami szabályozás létjogosultságát a szólásszabadság nevében – lehetővé tettük, hogy az elektronikus médiát szabályozza a méltányosság-doktrína, és a kampányfinanszírozás is korlátokat kapott. Ám még e szabályozási mechanizmusok is folyamatosan viták kereszttüzében álltak, mindenesetre a szabályokból inkább többre lenne szükség, mint kevesebbre. Például szükség lenne törvényekre, melyek az új nyilvános terek, a bevásárlóközpontok és plázák tulajdonosait kötelezik arra, hogy megnyissák e helyeket a politikai brosúrákat osztogató aktivisták előtt.

A gazdag közéleti viták iránti elkötelezettség megengedi, olykor kimondottan szükségessé teszi, hogy az állam ilyen esetekben cselekedjen, tűnjenek bármilyen elnyomó jellegűnek első látásra ezek az intézkedések. Az autonómiát feláldozzuk ugyan és tartalomszabályozásra is sor kerül, azonban csak azon meggondolástól vezetve, hogy a közéleti viták gazdagodnak ily módon, és gyarapodnak képességeink a demokratikus önrendelkezés gyakorlására. E megközelítés kockázatai nem elhanyagolhatók, és ha bármely pillanatban riasztónak tűnnek, csak akkor tudjuk megítélni őket, ha mérlegeljük az autonómia korlátlan uralmának rejtett költségeit is.

III.

Megközelítésem mélyén az a meggyőződés rejlik, hogy a jelenkori társadalmi rendszer épp annyira a szabad szólás ellensége, mint a rendőr. Vannak, akik e meggondolástól vezetve egyenest a társadalmi rendszert támadják, mondván, a hatalmi koncentrációt kell szétzúzni és szétszórni oly módon, ami Jeffersonnak kedvére lenne. E megközelítés olyan megoldást javasol, amely közvetlenül a probléma forrását veszi célba, mely eljárás mint szociális és jogi kérdés, sőt, talán mint etikai kérdés, biztos, hogy túl van a mi szándékainkon. Az Első Alkotmánykiegészítés nem kíván forradalmat. Kívánhat azonban némi változást az állammal kapcsolatos felfogásunkban. Meg kell tanulnunk az államra a szólásszabadság barátjaként, és nemcsak ellenségként tekinteni; mint bármely szereplő a társadalomban, az állam is képes mindkét minőségében cselekedni, és a közéleti viták kérdését próbakőként használva meg kell tanulnunk megkülönböztetni e két arcát. Amikor az állam a közéleti viták gazdagítása érdekében cselekszik, ebbéli tetteit mint az Első Alkotmánykiegészítéssel harmóniában lévőket kell elismernünk. Sőt mi több, ha alkalmanként ezt elmulasztja szavatolni, bizalommal fordulhatunk az államhoz azt követelendő, hogy támogatólag lépjen fel e célért. Az állam kötelessége, hogy biztosítsa a közéleti viták sértetlenségét – meglehetősen hasonlóan ahhoz, ahogy egy jó tanár cselekszik –; de nem azért, hogy a meggyőződést belénk nevelje, vagy az „Igazságot" mindenáron beleverje a fejekbe, hanem, hogy őrködjön az igazi és szabad kollektív önrendelkezés körülményei felett. Folyamatosan cselekednie kell a társadalmi rendszer torzulásait egyengetendő, azt biztosítandó, hogy a fennálló rendet azért ismerjük el, mert hiszünk benne, mert ez a legjobb, és nem azért, mert ez az egyetlen, amit ismerünk vagy amelyet ismernünk engednek.

Felmerülhet a kérdés, hogy az általam támogatott (bátortalan) strukturális megközelítés vajon nem jelent-e szakítást a szólásszabadság-hagyománnyal, és ehhez felidézhetjük, hogy a szólásszabadság-hagyományban olykor felfedezhetjük az állammal szembeni bizalom nyomait. Ezek közül egyik a *Red Lion*-eset, mely fenntartotta a méltányosság-doktrínában foglaltakat a médiaszabályozásban és az olyan

beszélők megnyilatkozásainak tartalomszabályozását, mint a CBS.[27] Ezen eset természetét tekintve kilóg a szólásszabadság-hagyomány általános szerkezetéből, és sosem lett kellőképpen megindokolva. Mindig csudabogárnak számított, amit bár megtűrtek, igazából sosem tudtak igazolni, és tették ezt azon az alapon, hogy a műsorszolgáltatók az államtól kapják működési engedélyüket. Sosem fejlődött tovább, amint egy megfelelőképp indokolt precedenstől elvárható lett volna, hogy hasonló intézkedések számára szolgáljon alapul az írott sajtóra vonatkozóan, vagy hogy a méltányosság-doktrína minden velejárójával együtt kötelezővé váljon, ne pedig megengedhetővé. Az elv pályagörbéje épp az ellenkezőt sugallta. Nem kis jelentőséggel bír számomra, hogy Kalven (és jó néhány, a szólásszabadság-hagyomány keretein belül tevékenykedő kutató) a *Red Lion*-esetben írtak Amicus Curiae-leveleket a média érveit támogatandó.[28]

Azonban az Első Alkotmánykiegészítés-doktrínának van egy másik aspektusa is, amely igazolja annak elfogadó attitűdjét az állammal kapcsolatban, és amely alaposabban körülbástyázott és talán megfelelőbb módon indokolt. Amire itt utalok, az Kalvennek a „a heccelő vétója" *(heckler's veto)* elnevezésű formulája.[29] E doktrína eredete Black bíró különvéleményére vezethető vissza a *Feiner v. New York*[30] esetben, de ma már saját jogán része a szólásszabadság-tradíciónak. Ezen elgondolás elismeri, hogy amikor egy beszélő feldühíti a tömeget, és emiatt a beszélőt fenyegető tömeg révén veszélybe kerül a közbéke, akkor a rendőrnek annak érdekében kell cselekednie, hogy biztosítsa a szónoknak a beszéd lehetőségét. Ahogy Kalven egyszer ezt megfogalmazta, a rendőr dolga, hogy megfékezze a tömeget. Az állam határozott fellépését támogató „heccelő vétója"-doktrína ilyenformán afféle ékként viselkedik azt javasló előterjesztésemben, hogy próbáljunk meg másképpen gondolkodni az államról, ám még mindig hagyná a Legfelső Bíróságot a szólásszabadság-hagyomány keretein belül tevékenykedni. Közelebbről szemügyre véve e kérdést azonban azt hiszem, hogy e felfogás csupán jámbor óhaj marad, és a múlttal egy radikálisabb szakítás szükséges.

Először is, a „heccelő vétója" nem kívánja annak a nézetnek a felfüggesztését, hogy a szabad szólás az autonómia része. Az állami beavatkozás ebben a vonatkozásban azért lehet szükséges, hogy a beszélő autonómiája „valódi" vagy „hatásos" legyen. A szappanosládán álló szónoknak *valódi* esélyt kell adni a beszédre. Ezzel

[27] *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC,* 395 U.S. 367 (1969).

[28] Köztük olyanok, mint Archibald Cox és Herbert Wechsler (a *New York Times* jogásza a *New York Times v. Sullivan* ügyben). Lásd *Brief for Respondents Radio Television News Directors Ass's and Brief for Respondent Columbia Broadcasting System, Red Lion Broadcasting Co. v. FCC,* 395 U.S. 367 (1969).

[29] Harry Kalven, Jr.: *The Negro and the First Amendment.* Ohio State University Press, 1965. 140–45.

[30] 340 U.S. 315 (1951).

szemben az én javaslatom nem törődik a beszélő autonómiájával, annak valódiságával vagy hatásos voltával; számomra a közéleti vita minősége fontos. Felfogásom a hallgatóra, a közönségre összpontosít. A beavatkozás a közéleti vita gazdagításának szándékán alapszik, és jóllehet a „valódi" vagy „hatásos" autonómia fogalmát ki lehet annyira tágítani, hogy magába foglaljon egy sor olyan intézkedést, amelyek a közéleti viták gazdagítását célozzák, e stratégia manipulatív természete tüstént nyilvánvaló lesz, ha a beavatkozás átfogó és mindenre kiterjedő természetét tekintetbe vesszük. Úgyszintén nem könnyű felismerni, hogy igazából mit lehet elérni egy ilyen stratégiával. Az autonómia ebben a túlságosan kiterjesztett értelmű felfogásban megmarad központi értékként, ám vegyük észre, hogy míg a bevett szólásszabadság-hagyományban a kormányzati beavatkozásra való reakcióként működött, ebben a stratégiában az ilyen beavatkozás támogatójaként szolgál. Az autonómia így névlegesen megmenekül, ám másfajta célok szolgálatába áll.

Másodszor, bár a „heccelő vétója" doktrína támogatja a törvény erős kezét, ezt csak kivételes esetekben teszi, amikor erőszak fenyeget, amikor a rendőri akciót nem a beszélőre, hanem a tömegre kell összpontosítani. Az általános szabály szerint az államnak nem szabad beavatkoznia, ám amikor ez elkerülhetetlen, akkor akire ez irányul, az nem lehet a beszélő. Ellentétben ezzel, a strukturális megközelítés az állami beavatkozást egy jóval gyakoribb és rendszerszerűbb tevékenységnek tekinti. E beavatkozás legékesebb példája ismét csak a méltányosság-doktrína, egy változatos és kidolgozott, évtizedek alatt kialakult szabályozásgyűjtemény és intézményi intézkedéscsomag. Az ilyen beavatkozások más megnyilvánulásai az olyan szövetségi és állami törvényekben jelennek meg, amelyek a kampánytámogatásokat vagy a kampányköltést szabályozzák; vagy pedig olyan, egyes amerikai tagállamok által hozott törvényekben, amelyek hozzáférhetővé teszik a magántulajdonban lévő bevásárlóközpontokat politikai aktivisták számára. E törvények maguk után vonják az állami beavatkozás egy formáját, mely gyakoribb és jóval több mindenre kiterjed, mint a heccelő alkalmankénti letartóztatása.

Harmadszor, amikor a rendőr letartóztatja a bekiabáló kötözködőt, nem tűnik úgy, hogy bármilyen nagy jelentőségű érdek sérülne. A kormány korlátozza a kötözködő heccelő szabadságát, ám a kötözködőt nem övezi nagy rokonszenv. A kötözködő heccelő obstruál, akinek a megnyilvánulása sokkal kevésbé egy gondolat közreadásáról szól, mint inkább arról, hogy mást megakadályozzon abban, hogy megossza gondolatait a többiekkel. Meglehetősen kétdimenziós módon úgy szokták definiálni őket, mint akik megtagadják mások jogainak tiszteletben tartását. Igen, megkapják ők is az esélyt arra, hogy beszéljenek a szappanosládán, ha ez az, amire vágynak, de ki kell várniuk a sorukat. A fő kérdés, úgy tűnik, az időzítés. Azok a törvények azonban, melyek az elmúlt évtized során a Legfelső Bíróságot megosztották és amelyeket a strukturális megközelítés védeni kíván, a bekiabáló heccelők által képviseltnél jóval alapvetőbb érdekeket veszélyeztetnek.

Legvégül pedig a szóban forgó törvények magukban foglalják egyes, a magántulajdonhoz kapcsoltnak tekintett jogok csorbítását – azon jogét, hogy a tulajdonát képező földterületről az ember bárkit kitilthat, vagy azon jogét, mely szerint mindenki úgy költi el a saját pénzét, ahogy az neki tetszik. Egyes esetekben a tét még nagyobb is: maga a szabad szólás. A szóban forgó törvények egyének vagy intézmények abbéli jogát fenyegetik, hogy azok azt mondják, ami tetszik nekik, és pontosan mondanivalójuk tartalma miatt lesz ez osztályrészük. A méltányosság-doktrína egy csoportja megköveteli a tévétársaságoktól, hogy „közéleti kérdésekkel" foglalkozzanak, míg mások elvárják az ügyek „kiegyensúlyozott tárgyalását". Akármelyik esetet is nézzük, egy állami intézmény fog ítéletet hozni arról, hogy mi minősül „közéleti kérdésnek" vagy hogy a közügyek tárgyalása mikor „kiegyensúlyozott". Szükségszerű, hogy a figyelem arra irányuljon, hogy mi hangzott el és hogy mi nem hangzott el. Hasonlóképpen, a politikai célú pénzköltést szabályozó törvények, melyek megakadályozzák a gazdagokat abban, hogy uralják a közéleti vitákat, szintén magukban foglalnak bizonyos ítéleteket azzal kapcsolatban, hogy mely nézetek kapnak és melyek nem kapnak megfelelő mértékű nyilvánosságot. Ugyanez igaz még akkor is, ha az állam támogató jellegű stratégiákat folytat, például amikor jelöltek költségeihez járul hozzá, könyveket vásárol vagy tananyagot jelöl ki.

Az autonómia szempontjából e veszélyek különösképp jelentősek és egyesek számára döntő okként jelennek meg, amikor az efféle beavatkozásokat ellenzik. Még ha változtatunk is a nézőponton és a gazdag közéleti vitát becseréljük az autonómiára, mint az Első Alkotmánykiegészítés által védett értékre, még mindig van miért aggódni, és nagyobb mértékben, mint a bekiabáló heccelő elhallgattatása esetén. Meglehet, hogy az állami beavatkozás és a tartalomszabályozás kimondott célja a közéleti viták gazdagítása, ám könnyen megeshet, hogy ezzel pontosan ellentétes célt ér el. Lehet, hogy épp ezáltal szűkül a publikum számára az információ és a rendelkezésre álló választási lehetőség, és így tovább súlyosbodik a közvitáknak a társadalmi struktúra által okozott torzulása. Igazából jó okunk van azt gyanítani, hogy az a helyzet, amit Lindblom körkörösséggel kapcsolatos gondolata sugall: a társadalmi struktúra éppoly valószínűséggel befolyásolja az állam cselekvését (különösen a törvényhozás és a kormányzat területén), mint amennyire befolyásolja a közéleti viták minőségét.

IV.

A szabadságnak megvannak a maga költségei. Amelyeket az imént felsoroltam, kellőképpen megkülönböztetik az általam támogatott elképzelést a „heccelő vétója" ellen intézkedő hatalom logikájától, illetve az általános szólásszabadság-hagyománytól, melynek az része. Azonban megmarad a kérdés – talán a végső mindegyik közül –, miszerint van-e elég ok teljesen elvetni a strukturális megközelítést, és visszafordulni a szólásszabadság bevett tradíciójához, valamint az autonómia védelméhez. Lehet, hogy túl nagy a költség? Amikor az állami beavatkozás áldozatokat kíván az élet hétköznapi értékek által meghatározott területén, például a tulajdonjoghoz kapcsolódó területeken, a válasz nyilván az lesz, hogy „nem". A szabad szólás nem luxus. Olykor áldozatokat kell hozni, és jóllehet ezen áldozatoknak is megvannak a határai (ahogy a Legfelső Bíróság egykori tagja, Jackson bíró mondta, az Alkotmány nem „öngyilkossági szerződés"),[31] a szabad szólás oly közel van alkotmányos struktúránk legbelső magjához, hogy a mérleg nyelve a szólásszabadság felé fog billenni. Ebben a tekintetben a strukturalista magabiztosan kölcsönözheti a progresszívok arányos kiegyenlítő mechanizmusát, mellyel az autonómia érdekében védték a beszédet. A beszéd hagyományosan akkor is védendő, amikor az kellemetlenségekkel, káosz okozásával vagy profitveszteséggel jár, és nem látok okot arra, hogy ugyanezt a szabályt miért ne lehetne alkalmazni a közéleti viták gyarapítása érdekében – ahol az állam nem mint a beszéd ellensége, hanem mint a barátja lép fel.

E perspektíva egy sor esetben segített, melyek fogas kérdésnek bizonyultak a Legfelső Bíróságnál a hetvenes években. A törvény, mely biztosítja a hozzáférést a bevásárlóközponthoz, korlátozhatja a tulajdonosok jogát, és egyes esetekben bevételkiesést eredményezhet (azon vásárlók távolmaradása révén, akiket elriaszt a plázától a politika), ám ezeket az érdekeket fel lehet áldozni az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló demokratikus célkitűzésekért cserébe. Alkal-

[31] *Terminiello v. Chicago,* 337 U.S. 1, 37 (1949) – Jackson bíró, különvélemény: „[H]a a Bíróság nem csillapítja némi gyakorlati bölcsességgel doktríner logikáját, akkor az alkotmányos Jogok Törvényét egy öngyilkossági szerződéssé fogja átalakítani."

mazva a kifejezést, mely az ötvenes-hatvanas években inspirálta a progresszívokat, és amely a szólásszabadság-hagyománynak oly nagy életerőt kölcsönzött, a szólásszabadság „előnyben részesített szabadság"[32] *(preferred freedom)*. Az egyetlen különbség, hogy a strukturális megközelítés az autonómia védelmét felcseréli a közéleti viták védelmére, és a szabad szólás nem az állami cselekvés korlátjaként, hanem annak indokaként cselekszik. Ugyanez az arányos kiegyenlítő mechanizmus érvényesül a benne foglalt értékhierarchiával együtt, csak épp megfordul az állam és a szabadság viszonyának hagyományos szemlélete. Az „előnyben részesített szabadság" vagy az arányos kiegyenlítés fogalmai ugyanakkor nem sokat érnek, amikor az állam cselekvése nyomán feláldozott érdekek nem olyan „szokványosak", mint a kényelem vagy a költség, hanem olyanok, amelyeket az Első Alkotmánykiegészítés szintén védelemben részesít. Ekkor úgymond az egyenlet mindkét oldalán megjelenik az Első Alkotmánykiegészítés: lehet, hogy az állam azon van, hogy gazdagodjanak a közéleti viták, ám lehet, hogy azok pont emiatt lesznek szegényesebbek.

Ez a veszély, melyet a méltányosság-doktrína hordoz – itt most nem az intézményes autonómia korlátozásáról szóló szavakra gondolok –, teszi a doktrínát oly kérdésessé. A doktrína gyarapítani kívánja a közéleti vitákat, és e célból kötelezi a műsorszolgáltatókat arra, hogy közéleti ügyekről számoljanak be, és hogy a vitatott kérdések kapcsán bemutassák a vitatkozó nézeteket, ám mindeközben korlátozza is a közéleti kérdések megvitatását azzal, hogy megakadályozza a médiát abban, hogy azt mondja, amit (piaci szempontok érvényesülése, vezetőik politikai nézetei vagy pénzügyi támogatók miatt) különben mondott volna. A remény szerint gazdagodik a közéleti vita, ám ott a félelem is, hogy ez éppen fordítva is elsülhet; vagy azért, mert a csatornák lényegtelen kérdésekről kötelesek beszámolni, vagy pedig mert áttételes módon elbátortalanodnak a kockázatvállalástól, és így sérülnek a szakmai függetlenség normái. A gazdagok, illetve a vállalatok politikai célú pénzköltését korlátozó szövetségi és tagállami törvények szintén elsülhetnek fordítva. E törvények célja azt biztosítani, hogy mindenkinek a szava megjelenjen a közbeszédben, beleértve a kevéssé jómódúakét is, hogy ezáltal a közéleti vita gazdagodjon. Ám ugyanakkor elképzelhető, hogy e törvények túlszabályoznak, és a vitába beleavatkozva előnyben részesítenek bizonyos nézeteket, és így sértik az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus célkitűzéseit.

Nem hiszem, hogy az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása minden olyan ügyben reális veszély lenne, amikor az állam a közéleti beszéd gyarapításáért tesz valamit, mint ahogy az nyilvánvaló lehet abból, ahogy a bevásárlóközpon-

---

[32] Lásd Robert McKay: The Preference for Freedom. 34 *New York University Law Review* 1182 (1959).

tok szólásszabadság-ügyeit tárgyalom (például amikor az andalító plázazenét tiltakozó dalok váltják föl, az is érv az egyik oldalon). Mindenesetre, minthogy hiszek abban, hogy a szűkösség inkább a szabály, mint a kivétel a politikai közbeszédben, és hogy e helyzetekben egy megnyilatkozás mindig kiszorít egy másikat, így el kell ismernem, hogy mindig fennáll a jó szándékkal ellentétes következmény veszélye. E veszély elismerést nyert a strukturalista és a „heccelő vétója"-doktrínák megkülönböztetésének tárgyalásakor, és ismét felhívom a figyelmet, hogy – mint arra Lindblom körkörösség-problémája tanít bennünket –, az állam nem immunis a befolyásolás és a manipuláció csábításaival szemben. Azért fordulunk mégis hozzá, mert ez az egyetlen remény, az egyetlen eszköz, amellyel a társadalmi struktúra közéleti vitákra gyakorolt torzító hatásai orvosolhatók, és mégis a világ összes indoka azt sugallja, hogy az állam nem annyira a „közről" szól, mint amennyire az látszik, hanem ugyanazon erők felügyelete alatt teszi a dolgát, mint amelyek a társadalmi struktúrát is uralják. Igazából azért választottam a CBS-t (és nem mondjuk a bevásárlóközpontot) új paradigmaként, és érveltem úgy, hogy beszélőnek kell tartanunk (és nemcsak fórumnak), hogy így húzzam alá – és nem pedig, hogy elbagatellizáljam – az állami beavatkozás problematikus természetét. A CBS vádat fogalmaz meg a szólásszabadság bevett hagyományával szemben, és ugyanakkor fájdalmasan emlékezteti a strukturalistákat arra, hogy amikor az állam valamit hozzátesz a közügyek megvitatáshoz, ugyanakkor el is vesz belőlük valamit. A remény ellen szegezett remény az, hogy a végső elszámolásban jobban jövünk ki, mint ha az autonómia uralma alatt maradnánk.

Az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása által okozott veszélyek kiküszöbölésének terhe nagyrészt a bíráskodásra hárul. Az alkotmányos értékek legfőbb őrzői a bírák, és az intézményesített szolgálati rend, illetve a bírói fizetés szabályozása miatt, továbbá a szakmai normák révén, melyek elszigetelik őket a politikától, a bírák a többi kormányzati tisztségviselőnél valószínűsíthetően nagyobb függetlenséget élveznek azon erők hatalmával szemben, amelyek a társadalmi struktúrát (a piacot) uralják. Az Első Alkotmánykiegészítés védelmének terhe az övék, és a strukturális megközelítés értelmében ez egy gyötrelmekkel járó vállalkozás. A bírák hozzászoktak ahhoz, hogy egymással szemben álló értékeket mérjenek össze, azonban ebben az esetben a konfliktus különösen fejfájdító, hiszen mindkét oldalon hasonló fontosságú és jellegű értékek szerepelnek.

Nem érvelhetünk könnyedén amellett, hogy a bíróságok lehetővé teszik a politikai intézményeknek, hogy kísérletezzenek vagy kockáztassanak, mint ahogyan mi teszünk akkor, amikor a cél valamely produktív hatékonyság vagy adminisztratív megfelelés – az elszenvedendő veszélyek minőségileg hasonló súlyt képviselnek, mint az elnyerhető előnyök. Nem lelhetünk nyugalmat az alkalmazkodó doktrínákban sem, melyek általában azt kívánják a bíróságoktól, hogy tartsák tiszteletben a törvényhozó és kormányzati intézmények előjogait. Ezen intézményeket is éppen annyira a hatalmuk alá tudják hajtani a társadalmi struktúrát uraló erők,

mint amennyire a közéleti vitákat. És ennek az összefüggésnek éppoly kevéssé látom értelmét, mint annak, hogy a diszkrimináció tárgykörében[33] egy olyan állásponthoz forduljak vissza, amely a közreműködő állami intézmény motivációit vagy jóhiszeműségét hangsúlyozza: a demokrácia szempontjából nem az számít, hogy az intézmény mit kíván tenni, hanem hogy mit tett valójában. Az állami beavatkozás indokoltságának megítéléséhez az eljáró bíróságnak közvetlenül és egyértelműen fel kell tennie a kérdést, hogy az állami beavatkozás gazdagította-e a közélet vitáit, vagy szegényesebbé tette őket.

Ez nem könnyű kérdés, különösen miközben tesszük, amit tennünk kell, anélkül, hogy rendelkezésünkre állna olyan útmutatás, mint amilyet Marcuse is megfogalmaz arra nézve, hogy milyen nézetek hangoztatása engedhető meg egy demokráciában. Biztosnak kell lennünk abban, hogy minden értékes mondanivaló elmondatott, csakhogy honnan tudjuk, hogy mi az értékes? E kérdés megválaszolása, továbbá azon normák megalkotása során, melyek révén megtudhatjuk, mikor erőteljes a közbeszéd, segítségünkre lehet az a régi megállapítás, mely szerint mindig könnyebb tetten érni az igazságtalanságot, mint elmagyarázni, hogy mi az igazság. A faji egyenjogúságért való küzdelem területén[34] e negatív stratégiát folytattuk, amikor a bőrszínen alapuló diszkrimináció megengedhetetlen hatásait („csoporthátrány okozása", „hatásbéli aránytalanság") igyekeztünk azonosítani, anélkül, hogy elköteleződtünk volna egy meghatározott végállapot mellett. Úgy gyanítom, hogy hasonlóképp kell eljárnunk az Első Alkotmánykiegészítés területén is. Igazából az az eljárás tűnik ezen irányvonal eredetének, ahogyan White bíró legfelső bírósági döntésekben használta a „kiszorítás" vagy az „uralom"[35] fogalmait azt megvilágítandó, miként torzítja el a közügyek megvitatását az autonómia égisze alatt a társadalmi vagy gazdasági hatalom. Természetesen ezek csak a kezdetek, talán annak is csupán apró lépései, és nem szabad, hogy illúzióink legyenek azzal kapcsolatban, hogy mennyi nehézséget rejt az előttünk álló út.

Ugyanakkor a realizmus nem egyenlő a pesszimizmussal, és ebben a vonatkozásban én optimista vagyok. Hiszek az értelemben és a törvény határozott és inkrementális módszereiben: a bíróságok nincsenek jobban akadályoztatva abban, hogy a közügyek megvitatásának gazdagítására vonatkozó ideát tartalommal töltsék meg, mint egyébként bármely más eszme (például az autonómia) esetében.

---

[33] Lásd Owen M. Fiss: Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases, 74 *Federal Rules Decisions* 276 (1977) – a megyjegyzések az 1976. szeptember 11-én megrendezett Éves Igazságügyi Konferencián hangzottak el *(Annual Judicial Conference, Second Judicial Circuit of the United States, Sept. 11, 1976).*

[34] Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

[35] *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,* 435 U.S. 765, 809–12 (1978) – White bíró, különvélemény.

Kitartok abbéli hitem mellett is, hogy milyen fontos – igazából nem fontos, hanem sürgős – az az utazás, amelyre a strukturalisták hívtak bennünket. Hacsak nem hagyjuk abba Brennan bíró varázsigéjének mára kissé hervasztóvá vált ráolvasásszerű ismételgetését, és kezdjük azt latolgatni, hogy mit is értünk pontosan „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott" vitán, és hogy melyek lennének azok a tettek és stratégiák, melyek e cél felé vezetnek, sose fogjuk megteremteni egy valódi demokrácia feltételeit.

V.

Nem várom mindenkitől, hogy osztozzon az optimizmusomban. Megértem azt, aki elismeri, hogy a társadalmi szerkezet valamiképp rongálja a közéleti viták tárgyalását, ám végül mégis azt a következtetést vonja le, hogy a strukturalista megközelítés által megkívánt tennivalók túl nehezek vagy túl veszélyesek. Egy efféle állásfoglalás annak a tragikus helyzetnek az elismerése lenne, amelyben élünk – tudjuk, hogy mit kíván a szabadság, azonban túl nehéznek vagy túl veszélyesnek tartjuk, hogy azt tegyük, amit a szabadság kíván. Ám a hetvenes években a Legfelső Bíróság meghatározó többségének nem ez volt a véleménye a szólásszabadság-esetekben. Például a Legfelső Bíróság nem fogta fel tragédiaként, amikor érvénytelenítette Massachusetts államnak a kampánycélokra költhető vállalati hozzájárulások mértékét korlátozó törvényét; amikor is elismerte, hogy az „uralom", ahogy azt a testület tagja, White bíró kijelentette, összeütközésbe kerülhet egyes, az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt értékekkel, azonban, érvelt White, túl veszélyes, avagy túl nehéz feladat lenne még akár annak a latolgatása is, hogy a kampányköltések szabályozása területén az állam végezze el a korrekció feladatát. Ellenkezőleg, Powell bíró a Legfelső Bíróság ítéletét mint az Első Alkotmánykiegészítés teljes és győzedelmes érvényesítését hirdette ki. És mindenekelőtt ez a momentum az, amit a legaggasztóbbnak tartok, és ami alapján azt gondolom, hogy nem a Legfelső Bíróság tagjaival van a probléma, hanem a szólásszabadság hagyományával.

Egyes legfelső bírósági bírók felismerték az autonómia és a gazdag közéleti viták ideájának szétválását, és késznek tűntek arra, hogy a közéleti vitákhoz fűződő értéket akár az autonómia rovására is tiszteljék és védelmezzék. Hébe-hóba hajlandónak mutatkoztak arra, hogy türelmesen és fegyelmezetten dolgozva megbizonyosodjanak arról, hogy a megkérdőjelezett intézkedés inkább gazdagította, mintsem szegényítette a közéleti vitákat. Legjobb pillanataikban még az intézményi felépítés kérdéseire és az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása által okozott veszélyre is figyelmet fordítottak. Itt most a testületből különösen White és Brennan bírákra gondolok, bár néha még ők is meg-megbotlottak a szólásszabadság-hagyomány nehéz terhével a vállukon. A testület többségének módszere teljesen más volt, ami legjobban talán Powell bíró munkásságával ábrázolható. Számukra minden az autonómiáról szólt – mintha csak ismét az utcasarkon áll-

nánk, ahol az Első Alkotmánykiegészítés dolga semmi más, mint hogy megállítsa a rendőrt. E bírák módszere *volt* a szólásszabadság hagyománya.

Módszerük részben abból állt, hogy az autonómiára leselkedő veszélyként értelmeztek minden szabályozó jellegű állami aktust. Például Powell bíró attól félt, hogy a törvény, mely a bevásárlóközpontokat arra kötelezte, hogy megnyissák kapuikat politikai aktivitás számára, korlátozhatja a plázatulajdonosokat szólásszabadságuk gyakorlásában[36] – a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés* talán nem valósította meg a Herbert Spencer *Társadalmi statika* (Social Statics) című művében foglaltakat, de talán az Első Alkotmánykiegészítés igen. Powell bíró szerint a tulajdonosok autonómiája sérülni fog, mivel nem kizárható, hogy velük fogják azonosítani azokat a nézeteket, amelyeket az aktivisták hirdetnek a plázájukban. Tekintetbe véve a tényt, hogy az aktivisták a törvény hatalma révén nyertek bebocsátást a plázákba azon logika következtében, mely mindenki számára nyilvánosnak ítéli a bevásárlóközpontokat, a plázák tulajdonosai úgy tudták elkerülni, hogy a kívülállók azonosítsák őket a náluk tevékenykedő politikai aktivisták üzeneteivel, hogy kihelyeztek egy tájékoztatót, melyben a pláza tulajdonosa elhatárolódik az aktivisták nézeteitől, és Powell bíró az autonómia utáni lázas kutakodását az abszurditás szintjéig vitte. Érvelése szerint az, hogy valakinek ki kell tennie egy elhatárolódó nyilatkozatot, önmagában kimeríti az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt autonómia megsértését.[37] Valamilyen furcsa oknál fogva White bíró csatlakozott e véleményhez.

A többségi ítéletek másik módszere az volt, hogy az autonómiát úgy kezelték, mint csaknem abszolút értéket, és mint az Első Alkotmánykiegészítés egyetlen értékét. A közéleti viták gazdagítása e megközelítésben az autonómia afféle kellemes hozadéka csupán (itt idézik a megfelelő Brennan-formulát), de amit az Első Alkotmánykiegészítés elrendel, az az autonómia védelme – legyen az egyéni vagy intézményi –; és ha e védelem révén nem gyarapodik, vagy épp torzul a közéleti vita, hát akkor legyen úgy. Kétségtelen, hogy a méltányosság-doktrínát a testület tolerálta, de jobbára csak a precedensnek kijáró tiszteletből, vagy mintegy fejet hajtva a törvényhozói vagy kormányzati szándék előtt, és a doktrína meglehetősen bugyuta indokolással nyert elfogadást. A Legfelső Bíróság leszögezte, hogy az FCC akkor törli el a doktrínát, amikor akarja, és hogy a doktrína, illetve az általa megvalósított tartalomszabályozás semmilyen körülmények között nem terjeszthető ki a nyomtatott sajtóra. A választási jelölteket támogató anyagi hozzájárulások

---

* A polgárháborút követő időszak egyik fontos alkotmánykiegészítése 1868-ban lépett hatályba. több területet ölel fel, az egyik fontos terület ezek közül az állampolgári egyenlőség és annak szövetségi érvényesítése. *A ford.*

[36] *PruneYard Shopping Center v. Robins,* 447 U.S. 74, 96–101 (1980) – Powell bíró, részben párhuzamos, részben többségi vélemény.

[37] Uo. 99.

korlátozását ismét csak a precedensnek kijáró tisztelet indokolta, illetve az mint korrupcióellenes lépés nyerte el értelmét; a politikai kampányköltés korlátozásában azonban már az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt autonómia sérelmét látta, és így azt érvénytelennek ítélte a testület. Ezen ítéletek kölcsönöztek sajátos jelleget a hetvenes éveknek. A szólásszabadság bevett hagyományának teljes erejét megmutatva, a Legfelső Bíróság időről-időre kijelentette: „[T]eljes mértékben idegen az Első Alkotmánykiegészítéstől az a felfogás, mely szerint a társadalom egyes tagjainak megnyilatkozásait a kormány korlátozhatja attól a céltól vezetve, hogy mások hangja viszonylag nagyobb teret kapjon." [38]

Az autonómia olyan eszme, amely kimondottan a szabályozó állammal szemben fellépve nyeri el értelmét – ez a védelem a rendőr ellen. Amikor az állam támogatólag lép fel, mondjuk anyagi támogatást vagy juttatásokat szolgáltat, a szólásszabadság-hagyomány nem tud mit kezdeni ezzel a helyzettel. Ennek eredményeképp ugyanebben a korszakban a Legfelső Bíróság – legnagyobb megkönnyebbülésemre – elfogadóbb volt az efféle állami beavatkozás irányában, azonban e tolerancia ára a fogalmi koherencia hiánya volt. A Legfelső Bíróságnak nem voltak standard normái a jogi felülvizsgálat folyamata során. Ahelyett, hogy a testület bírái azt kérdezték volna, hogy a szóban forgó tett gazdagította-e a közéleti vitákat, inkább megpróbálták a szólásszabadság-hagyomány bevett fogalmai szerint átfogalmazni az ügyet. Egy esetben, ami arról szólt, hogy vissza lehet-e vonni egy iskolai könyvtárból olyan, állítólag botrányos könyveket, mint Eldridge Cleaver *Soul on Ice* című műve,* Brennan bíró azon találta magát, hogy kénytelen volt e cenzúraintézkedést – egy nyilvánvaló kísérletet a vita szűkítésére – az autonómia korlátozásaként és a szólás tartalmát érintő szabályozást tiltó előírás megsértéseként értékelni.[39] Ez arra késztette őt, hogy tarthatatlan megkülönböztetést vezessen be a könyv eltávolítása és a beszerzése között, és hogy az iskolaszék motivációival kapcsolatban kezdjen vizsgálódni; olyan vállalkozás volt ez, amelyhez – mint azt más ügyek tapasztalatai megmutatták – egyáltalán nem volt érzéke. És még így sem tudott többségi véleményt biztosítani álláspontjának.

Ezen esetben, és másokban, ahol az állam nem a rendőri szerepben cselekedett, Brennan bíró és szövetségesei Rehnquist bíró éles hangú különvéleményével szembesültek, melyben világosan megkülönböztette az állam mint szuverén cselekvő (rendőr) szerepét azoktól az esetektől, amikor az állam más szerepben (például mint oktató, munkáltató, finanszírozó) tesz valamit.[40] Ez utóbbi kategória kapcsán

* Az író és afroamerikai polgárjogi aktivista (1935–1998) börtönben írt, 1968-ban megjelent művében nyíltan ír korábbi bűnöző életmódjáról és amerikai társadalmi kérdésekről. *A ford.*

[38] Lásd például *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,* 435 U.S. 765 790–91 (1978) – idézi: *Buckley v. Valeo,* 424 U.S. 1, 48–49 (1976).

[39] *Board of Educ. v. Pico,* 457 U.S. 853 (1982).

[40] Uo. 908–10 – Rehnquist bíró, különvélemény.

Rehnquist bíró úgy érvelt, hogy olyan szabályozásra van szükség, amely gyakorlatilag teljesen meghagyja az állam mérlegelési jogkörét. Ebben a tekintetben Rehnquist mások nevében is beszélt, és egy későbbi esetben[41] biztosította a szavazattöbbséget a testületben, és meg is szövegezte annak indokolását (mely ítélethez Brennan csatlakozott – amit viszont később megbánt).[42] Mindamellett úgy tűnik nekem, hogy amit ezen esetekben az Első Alkotmánykiegészítés megkíván, az nem a közömbösség. Éppen ellenkezőleg, a Legfelső Bíróságnak elkötelezettnek kellene lennie aziránt, hogy mindent megtegyen annak érdekében, hogy segítse és bátorítsa az állam kísérleteit a közéleti viták gazdagítása területén, és hogy eltörölje az állami támogató programokat korlátozó szabályokat, amelyek szűkítik és visszaszorítják a közéleti vitákat. Ha arra van szükség, akár a Legfelső Bíróság maga is megkívánhatja az államtól, hogy a közéleti vitákat gazdagító programokat folytasson és kezdeményezzen.[43] A jogorvoslatok problémája és az alkotmányos kompetencia korlátai ezen utóbbi esetben arra késztetik a Legfelső Bíróság bíráit – még az olyan erős hivatástudattal rendelkező bírót is, mint Brennan –, hogy visszavonuljanak az ennyire ambiciózus vállalkozásoktól, ám az efféle bénultságra avagy körültekintő óvatosságra akként kell tekintenünk, ami az valójában: kompromisszumként, és nem az Első Alkotmánykiegészítés avagy a benne legmélyebben gyökerező demokratikus törekvéseik követeléseként.

Amikor az állami támogatás volt a téma, a Legfelső Bíróság megengedte az államnak, hogy cselekedjen – a bíróság megosztott volt és a vélemények inkoherensek, de az Első Alkotmánykiegészítésre nem úgy tekintettek, mint ami elzárja az államot a cselekvéstől. Amikor azonban szabályozási ügyekkel szembesültek, mint például a politikai célú pénzköltés plafonjai és határai, a Legfelső Bíróság ezt az autonómiára leselkedő veszélyként értelmezte, amint az következik a szólásszabadság-hagyományból, és jóval határozottabban és sokkal megszorítóbb módon cselekedett: megállította az államot. Ebbéli döntésükben a Legfelső Bíróság bírái érvényesítették a szólásszabadság-hagyományt és régóta fennálló elkötelezettségünket a klasszikus liberalizmus elveihez, illetve annak a korlátozott állammal kapcsolatos elképzeléséhez. A bírák úgyszintén érvényesítették a kor szellemét, melyet egykor az aktivista állammal szembeni ellenségesség határozott meg – és határoz meg ma is, jobban, mint bármikor korábban. A méltányosság-doktrína eltörlése egyszerűen mintegy a „dereguláció" elemeként történt. Nekem úgy tűnik azonban, hogy jócskán akad bánnivalónk a Legfelső Bíróság ilyetén hozzáállásában és a szólásszabadság-hagyományban, mely annak alapjául szolgált.

---

[41] *Regan v. Taxation With Representation of Washington,* 461 U.S. 540 (1983).

[42] *Lásd FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364,* 400–401 (1984).

[43] *Lásd Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94, 170–204 (1973) – Brennan bíró, különvélemény.

A szólásszabadság bevett hagyománya egy olyan világot tételez, amely már nem létezik, és amit most már nem tudunk visszahozni – egy olyan világot, amelyben az utca volt a legfőbb politikai fórum. E hagyomány nem veszi tekintetbe, hogy milyen sokféle módon közreműködik az állam a társadalmi valóság létrehozásában, és hogy a mai társadalmi rendszer, ha magára hagyva azt tehet, amit akar, eltorzítja a közéleti vitákat. E hagyomány túl könnyű választási lehetőségeket tár elénk. A szólásszabadság bevett hagyománya nem veszi figyelembe a tényt, hogy ha az Első Alkotmánykiegészítés végső céljáért akarunk tenni, olykor szükségesnek találhatjuk, hogy „a társadalom egyes tagjainak megnyilatkozásait a kormány korlátozhassa attól a céltól vezetve, hogy mások hangja viszonylag nagyobb teret kapjon", és figyelmen kívül hagyja azt is, hogy ha a Legfelső Bíróság nem engedi, és adott esetben kimondottan meg nem kívánja az államtól, hogy így tegyen, akkor az emberek sosem lesznek igazán szabadok.

2.

Miért az állam?

Prológus

Ezerkilencszáznyolcvanhétben volt a Harvard Law Review *alapításának centenáriuma, és a szerkesztők egy sor jogi oktatót felkértek, köztük engem is, hogy küldjünk tanulmányt a* Review *ünnepi számába. A* Szabad szólás és társadalmi struktúra *épp megjelent, és azt gondoltam, hogy a* Harvard Law Review *által felajánlott lehetőséget arra használom, hogy jobban kidolgozom a* Szabad szólás és társadalmi struktúra *fő tézisét. Az állammal szembeni feltételezések, melyek ellen érveltem tanulmányomban, a laissez-faire elméletekben gyökereznek, melyek épp akkoriban élték fénykorukat, amikor a* Review*-t alapították. Kritikám kontextusa szűk volt abban az értelemben, hogy csak az Első Alkotmánykiegészítéssel foglalkoztam, ám minthogy az alkotmányjog ezen területe oly régen a libertariánus érzület szülőhelye, úgy tűnt nekem, hogy bárminemű győzelem, melyet ezen a területen aratunk, fontos lesz.*

Miközben dolgoztam a tanulmányon, csatlakoztam egy kutatói körhöz, melyet Judith Lichtenberg vezetett és a Marylandi Egyetem Filozófiai és Közpolitikai Intézete támogatott. A csoport a médiára összpontosított – mely tény bizonyára szerepet játszik abban, hogy a munka záró tanulmányának hangsúlyos témája volt a méltányosság-doktrína és a sajtó állami szabályozásával kapcsolatos más kérdések. Alkotmányjogászok, filozófusok és politikai gondolkodók mellett újságírók és médiakutatók is dolgoztak a csoportban. Az ő jelenlétük révén jutottam arra a meggyőződésre, hogy érdemes az állami szabályozás alternatívájaként számbavenni a szakmai önszabályzás lehetőségeit is. A kutatói kör tanulmányait Judith Lichtenberg szerkesztette, és szerkesztett kötetként jelentek meg 1990-ben Democracy and the Mass Media *címen. Tanulmányom itt olvasható változata a* Harvard Law Review *1987. februári számában jelent meg.*

[1] Lásd Robert L. Rabin: Federal Regulation in Historical Perspective. 38 *Stanford Law Review* 1189, 1192 (1986).

Ismét ott vagyunk, ahonnan indultunk. Száz éve az állami hatalom kiterjedése volt a fő beszédtéma. Amerika egyre városiasodottabbá, iparosodottabbá vált, és az ipari kapitalizmus kicsapongásait megfékezendő, különféle politikai erők az államtól várták a megoldást.[1] Az Államközi Kereskedelmi Bizottság *(Interstate Commerce Commission)* 1887-ben jött létre egy, a vasútügyet szabályozó nagyobb program részeként, mely programnak elemei voltak az 1903-as Elkins- és az 1906-os Hepburn-törvény és számos más tagállami szintű rendelet. A Kongresszus törvénybe iktatta a Sherman-törvényt 1890-ben és az első békeidőben hozott, jövedelemadóról intézkedő törvényt 1894-ben. Rendeletekben szabályozták a szeszes italok forgalmazását és a szerencsejátékokat, továbbá szövetségi és állami szintű törvényi rendelkezések születtek a munka világának kapcsolatrendszereit szabályozandó, például a munkaórák maximumáról, a biztonságról, a gyerekmunkáról és a szakszervezeti tagságról.

Ezek az államhatalom használatával kapcsolatos előrelépések nem születtek meg könnyen. Minden adódó alkalommal kemény viták övezték e rendelkezéseket, és az állami szabályozás ellenfeleinek érvei megértő fülekre találtak a Legfelső Bíróságon. Az intézkedések közül sokat érvénytelenítettek, míg mások szűkebb érvénnyel léphettek életbe. A szabadságot a korlátozott kormányzás elképzelésére szűkítették. A huszadik század korai időszakában mindamellett egyfajta egyensúly kezdett kialakulni, és mire bevezették a New Dealt és kitört a második világháború, az ország életének fontos része lett az állami szerepvállalás szociális és gazdasági kérdésekben. A modern korszakban az aktivista állam győzelmét olyan drámai események jelezték, mint az 1960-as évek elején az emberjogi mozgalom – az úgynevezett második újjáépítés – és Lyndon Johnson „Nagy társadalom" *(Great Society)* programja. Az államhatalom a tényleges és valódi egyenlőség fő eszközévé vált.

A hatvanas évek végén, ahogy figyelmünk egyre jobban a vietnami háborúra összpontosult és ahogy egyre inkább érezhetővé vált az inflációspirál, megváltoztak a dolgok. Politikánk egyik szervező elvévé vált a „nagy kormányzás" elleni támadás. A republikánusok és a demokraták egyaránt hangoztatták ezen új céltűzést, és az ezt követő húsz évben miriádnyi programot javasoltak és olykor intézményesítettek is, melyek célja az állami szerepvállalás csökkentése volt a belpolitika területén, különösen is szövetségi szinten. E programok olyan elnevezések alatt futottak, mint az „új föderalizmus", „bevételmegosztás", „dereguláció", „privatizáció", „a költségvetési egyensúly biztosítása" és „alternatív konfliktuskezelés". Lényegében a korszak minden jelentős politikai vezetője részt vett az aktivista állam elleni támadásban, ám senki se tette ezt olyan sikeresen, mint Ronald Reagan. Támogatta az abortusz büntetőjogi tiltását, ám ezt a témát félretéve sikerült az aktivista államot egy merőben védekező pozícióba kényszerítenie, és olyan elveket megkérdőjeleznie, melyek egy vagy két generáción keresztül megdönthetetlen alapállításnak számítottak. Ma ugyanolyan vitákban találhatjuk magunkat, mint amilyenek egy évszázada uralták a jogot és a politikát; csak a revízió

terhe az, ami megváltozott. A kérdés ma is, hogy meddig érjen el az államhatalom, de ma a vita társadalmi kontextusban zajlik, melyben az aktivista állam a *status quo* része.

E vitában, mint az amerikai politika minden nagy küzdelmében, kulcsszerepet játszott az alkotmány. Az aktivista állam kritikusai „a tisztességes eljárás elvét" *(Due Process Clause)* idézik, illetve ahogy az védi a szabadságot; azonban ebben csak félig-meddig sikeresek. Egyre gyakoribb lett „a csorbítatlan magánélethez fűződő jogra" *(right to privacy)* való hivatkozás e vitákban, és az érvet az abortuszhoz való jog védelmében használták, de csupán a lehető legszűkebb keretek között. A *Lochner* v. *New York* eset,[2] a Legfelső Bíróság 1905-ös döntése, melyben a testület érvénytelenített egy tagállami rendeletet, amely korlátozta a heti munkaórák számát, még mindig negatív példának számít, emlékeztetőül a ténylegesen tisztességes eljárás veszélyeire. Az alkotmányos jognak azonban van egy másik területe is, melyre nem hárulnak ezen történelmi terhek, és amely régóta a libertárius érzület forrása. Ez az Első Alkotmánykiegészítés.

A beszéd és más politikai cselekvés védelme tekintetében az Első Alkotmánykiegészítés kevésbé érvényesül, mint a „tartalmilag megfelelő eljárás" alkotmányos szabálya (záradéka); utóbbi minden állami intézkedés ellen bevethető. Ám azok, akik szándéka az állami szerepvállalás támadása volt, megtanulták, hogyan kell egyre több tevékenységre kiterjeszteni az Első Alkotmánykiegészítés védelmét; manapság például ezt az érvet hozzák fel, ha az állam korlátozni kívánja a kereskedelmi célú hirdetéseket. Mindemellett az Első Alkotmánykiegészítés ugyanakkor élvez bizonyos előnyt, amit a tartalmilag megfelelő eljárás záradéka sosem tudott elérni, nevezetesen a konszenzusét, mely révén a teljes politikai spektrumtól nyer támogatást. Amikor a huszadik század elején egyre erősebb indokok merültek fel a fokozott állami beavatkozás mellett, a szólás számára még akkor is különleges pozíciót vagy épp kivételt tartottak fenn a vitázó felek. A progresszívok éppoly hevesen méltatták Holmes különvéleményét az *Abrams v. United States* esetben,[3] illetve ennek hivatkozását az „eszmék szabad adásvételére",[4] mint ahogy tiltakoztak a *Lochner*-ügyben. Igazából a szabad szólás akkor kezdett győzedelmeskedni a Legfelső Bíróságon, amikor a testület nekikezdett a *Lochner* felülvizsgálatának és a New Deal alkotmányos legitimációjának.

A szólásszabadság e sajátos pozíciója alkotmányos rendszerünkben, minthogy ez az egyetlen olyan indítvány a kormányzás korlátozása iránt, amelyben mindenki egyetért, nem maradt észrevétlen a szabad piac gondolkodói számára. Az

[2] 198 U.S. 45 (1905)
[3] 250 U.S. 616, 624 (1919) – Holmes bíró, különvélemény.
[4] Id. mű 630.

aktivista állam elleni jelenkori alkotmányos támadás részeként, mely irányzat uralkodó a mai politikában, Ronald Coase és Aaron Director a szólásszabadság-hagyományra támaszkodva csaptak össze a New Deal liberálisaival, emlékeztetve őket a *laissez-faire* erényeire, és megalapozva álláspontjukat a gazdaság területén történő állami szerepvállalással szemben.[5]

Az én véleményem természetesen ennek épp az ellenkezője. Úgy tűnik nekem, hogy ha Coase és Director ünnepelhetik a szólásszabadság-hagyomány libertariánus elemét mint a gazdaság területén történő állami szerepvállalás elleni érvelés részét, akkor nekünk képesnek kellene lennünk az ellenkező irányból érvelnünk, kezdve a gazdaság területén történő állami szerepvállalás tényével, és e történelmi tapasztalatokra támaszkodva megmutatni, milyen szerepet játszhat az állam a szólásszabadság értékeinek gyarapításában. E megközelítés nem csupán tisztázná és gazdagítaná az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos felfogásunkat, hanem egy általánosabb és talán fontosabb belátással is járhat. Gátat szabhat az állammal szembeni általános támadásnak. Minthogy a szólás a *laissez-faire* eszközeként volt használatban azon meggondolástól vezetve, hogy a szólás az a terület, ahol a legerősebben tetten érhető és a legvonzóbb színben mutatkozik meg a korlátozott kormányzat iránti igény, a szólás állami szabályozását megengedő, sőt megkívánó következtetés révén maga az Első Alkotmánykiegészítés lenne az, ami az aktivista állam kritikáját kérdésessé teheti.

Jelen esszé témája az Első Alkotmánykiegészítés és az állam szerepe az szólásszabadság értékeinek gyarapításában, ám írásom egyben egy tágabb vitában is állást foglal, mely épp annyira élő ma, 1987-ben, mint amennyire az volt 1887-ben, és mely általában az állam szerepét tárgyalta. Coase és Director álláspontjával szemben az Első Alkotmánykiegészítésből levonható következtetések nem a *laissez-faire*-t támogatják, hanem ellenkezőleg, az aktivista állam szükségességére mutatnak rá.

[5] Lásd Ronald H. Coase: The Market for Goods and the Market for Ideas. 64 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 384 (1974); Aaron Director: The Parity of the Economic Market Place. 7 *The Journal of Law and Economics* 1, 26 (1971).

I.

Az alkotmány nem egy végrendelet, amely a későbbi generációk között felosztja a jogok formáját öltő vagyont. Ellenkezőleg; az alkotmány kormányzási okirat, mely létrehozza a kormányzás intézményeit, továbbá megszabja azokat a normákat, mércéket és elveket, amelyek szerint ezen intézményeket működtetni kell. A Jogok Törvénye *(Bill of Rights)* feltételezi, hogy a kormányzás intézményei már létrejöttek, és tovább megy; a célja bizonyos társadalmi eszmények vagy értékek biztosítása. A jogi ítélkezés egy folyamat, mely révén ezek az elvont eszmények konkrét értelmet és kifejezést nyernek, és mint ilyenek, jogok formáját öltik magukra. Az „egyenlő védelem elve" *(Equal Protection Clause)*, a modern törvény tartóoszlopa esetében az alkotmánybírósági ítélkezés e felfogása szilárd alapokon nyugszik, jóllehet fel kellett ismernünk azt is, hogy az alkotmányos eszmények nyitottak eltérő értelmezések számára. A Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés céljával kapcsolatban úgy tűnik, egyetértés tapasztalható: azért alkották meg, hogy biztosítsa az újonnan felszabadult rabszolgák számára az egyenlőséget, és hogy alkotmányos státust kapjon a faji egyenlőség eszménye. Az ezen eszmény megvalósítását célzó konkrét elvek vagy szabályok körül azonban nem volt teljes az egyetértés.

Elsőre úgy tűnt, hogy alkalmas lenne e célra egy olyan elv, mely megtiltja a faji alapú megkülönböztetést és megköveteli a színvakságot e kérdésekben. A „Második újjáépítés" korszakában azonban, ahogy távolodtunk a Jim Crow-korszak* problémáitól, és szembetalálkoztunk a rasszizmus mélyebben gyökerező formáival, újra kellett gondolni a dolgot. Egy új elv szükségeltetett, amely közvetlenül és azonnali módon nyújt védelmet a kasztrendszer fennmaradó vagy súlyosbodó jelenségeivel szemben. Ezen új elgondolásnak a „csoporthátrány okozása elv"[6] nevet adtam, ám az elmúlt időszakban inkább a „kaszt- vagy alárendeltség-ellenes elv"

---

* Jim Crow a feketére maszkírozott, a feketéket gúnyoló fehér vásári komédiás figurája. A Jim Crow-törvények a rabszolgaság eltörlését követően a feketék társadalmi elkülönítését célozták, mely rendelkezéseket az 1960-as évekre, a polgári jogi mozgalom erőfeszítéseként törölték el az Egyesült Államokban. *A ford.*

[6] Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107, 147 (1976).

néven ismert. A „csoporthátrány okozása" elv a faji egyenlőséget kívánja támogatni, csakúgy, mint a megkülönböztetést tiltó antidiszkriminációs elv, azonban előbbi a faji egyenlőséget inkább lényegi, semmint procedurális dolognak tekinti. A „csoporthátrány okozása" elv nem a színvakság szavatolását célozza, hanem a társadalmi alárendeltséget kívánja megszüntetni.

A modern korszakban az egyenlőséget kiharcoló jogi eljárásokra *(equal protection litigation)* tekinthetünk úgy, mint e két közvetítő elv közötti küzdelemre – láthatjuk úgy, mint két nézet abbéli konfliktusát, hogy miként értendő a faji egyenlőség, és ez az eszmény hogyan valósítható meg a leghatékonyabban. E két elv jó néhány esetben eltérő iránymutatást adott, legfőképp amikor a bíróságoktól azt kívánták, hogy értékeljék a munkaerőfelvétel kritériumait (olyanokat, mint például az állásra jelentkezéskor kitöltendő tesztek), melyek látszólag semlegesnek mutatkoznak, ugyanakkor mégis hátrányosan érintenek egy meghatározott hátrányos helyzetű csoportot. Az antidiszkrimináció elve szerint megengedhetők ilyen kritériumok, a csoporthátrány okozására figyelő elv azonban inkább helyteleníti őket. Sőt mi több, bizonyos helyzetekben e két elv konfliktusba is került egymással, például amikor feketék, társadalmi helyzetük javítása érdekében előnyt élveztek munkaerőfelvételkor. A csoporthátrány okozására figyelő elv megengedi, olykor meg is kívánhatja a hasonló elbánást a feketékkel szemben. Az antidiszkriminációs elv azonban, lévén elkötelezett a színvakság iránt, inkább arra hajlik, hogy az efféle eljárást törvénytelennek tartsa.

Ezek az egyenlő védelem jelentésével kapcsolatos küzdelmek kölcsönöztek sajátos karaktert alkotmányos korszakunknak, és egy vagy két évtizede elmerülve e vitákban talán nem meglepő, ha az Első Alkotmánykiegészítésen belül is egy hasonló intellektuális folyamatot látok. A legtöbben egyetértenek abban, hogy az Első Alkotmánykiegészítés alapvető célja a kollektív önrendelkezés védelme éppúgy, ahogy a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésé a faji egyenlőség védelme, ám ismét csak megosztottak vagyunk a kérdésben, hogy mi legyen az a közvetítő elv, amely ezen alapvető cél megvalósulását a legnagyobb mértékben biztosítja. Itt nem az antidiszkrimináció és a csoporthátrány elvei között folyik a vita az egyenlő védelem ügyében, hanem az autonómiára és a közéleti vitákra összpontosító elvek között. E két felfogás eltérő módon látja és gondolja támogatni az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus céljait. Az autonómia-elv megkülönböztetése a közéleti vita elvétől ráadásul alapvető annak megindokolásához, hogy miért van szerepe az államnak a szabad szólás értékeinek támogatásában.

Azok, akik az Első Alkotmánykiegészítésre mint az állami cselekvést korlátozó elvre tekintenek, az autonómia védelme eszközének tartják azt. Az egyén számára megengedett, hogy azt mondjon, ami neki tetszik, mentesen bármiféle állami beavatkozástól. Mintha csak egy beavatkozásmentes zóna kerülne minden egyén köré, és az állam (és csak az állam) számára tilos, hogy átlépje e zónahatárt. Az autonómia még ebben a felfogásban sem önmagáért való elvként élvez védelmet, és nem is az egyén önmegvalósításának eszközeként. Ehelyett az autonómia úgy

tűnik fel, mint az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő tágabb politikai célok támogatója. E felfogás szerint az autonómia védelme létrehozza a közvélemény számára fontos közügyek feletti vitát, amely Brennan legfelső bírósági bíró formulája szerint „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott."[7] Természetesen a gazdag közéleti vita önmagában nem szavatolja az önkormányzást, hiszen a választópolgároknak meg is kell hallgatniuk a beszélőket, és a hallottak tanulsága szerint kell cselekedniük, ám a szabad és nyílt vita mégis a demokratikus kormányzás alapvető feltétele marad, és az autonómiára mint e vitát megvalósító módszerre tekintenek.

Egyesek vitatják az autonómia ezen instrumentális felfogását, ám a politikai spektrum egymástól oly messze álló szereplői, mint Harry Kalven vagy Robert Bork egyaránt osztják ezt az elképzelést, mely mára uralkodónak tekinthető az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos gondolkodásban. E meggyőződés abban a tényben gyökerezik, hogy a szabad szólás szavatolása egy jogi eszköz, mégpedig az alkotmány részeként jelenik meg, amelynek legfőbb témája a kormányzati struktúra létrehozása. Az instrumentális elmélet magyarázatot ad arra is, hogy a beszédre, mely egy az önmegvalósítás számos eszköze közül, miért fordít kiemelt figyelmet az alkotmány,[8] továbbá arra, hogy az Első Alkotmánykiegészítés által védett autonómia miért vonatkozhat intézményekre is (mint például a CBS vagy a NAACP), nem csak egyénekre; és végül arra is, hogy a beszéd miért élvez védelmet még akkor is, ha az árt valakinek, és ily módon rombolja ezen személy esélyeit az önmegvalósításra.[9] Az autonómia és a demokrácia közötti kapocs magyarázatot ad arra is, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíráskodásban miért jut kitüntetett szerephez a tartalom alapján történő szabályozás* elutasítása. Ezen elgondolás hívei azt remélik, hogy egy olyan szabály léte, mely megfosztja az államot a beszéd pusztán annak tartalma alapján történő elhallgattatásának eszközétől, a közügyekről folytatható lehető legszélesebb vitát eredményezi.

Bizonyos társadalmi helyzetekben az instrumentális felfogás, mely az autonómia védelmének alapjául szolgál, megalapozott lehet. Egy jeffersoni demokráciában például, ahol a meghatározó társadalmi alapegység az egyén, a hatalom pedig egyenlően oszlik meg, az autonómia érdemben támogathatja a közéleti ügyek meg-

---

* Az Első Alkotmánykiegészítés kontextusában a tartalomszabályozás egyszerűen arra utal, hogy a megnyilatkozás tartalma, azaz értelme és jelentése alapján történik a szabályozás, amitől az USA alkotmányos hagyománya zömmel idegenkedik, és így részben különbözik a tartalomszabályozás Európában szokásos, a médiaszabályozásban szereplő értelmétől. *A ford.*

[7] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 270 (1964).

[8] Lásd Robert H. Bork: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

[9] Lásd Frederick Schauer: *Free Speech: A Philosophical Enquiry.* Cambridge University Press, 1982. 11–12.

beszélését, és ezáltal a kollektív önrendelkezést. A modern társadalomban azonban, melyre jellemző a hatalom igen egyenlőtlen megoszlása és az emberek korlátozott lehetőségei mindannak megismerésére, aminek ismeretére szükségük volna ahhoz, hogy állampolgári minőségükben hatékonyan működhessenek, igen problematikus a jeffersoni időkből kiindulni. Az autonómia azáltal való védelme, hogy a sérthetetlenség zónáját hozzuk létre az egyén vagy bizonyos intézmények körül, valószínűleg olyan közéleti vitát eredményez, amelyet ugyanazok az erők uralnak és ezáltal korlátoznak, mint amelyek társadalmi struktúránkat is uralják, nem pedig „korlátlan, *erőteljes* és szélesre nyitott" vitát.

A közéleti vitát hangsúlyozó elv ezzel szemben felismeri az autonómia védelme alapjául szolgáló instrumentális kiindulópont problematikus jellegét, és azt kutatja, hogy milyen talapzatra kellene alapozni a szükséges változtatásokat, melyek orvosolják e problémákat. Az Első Alkotmánykiegészítés célja ugyanaz marad, mint ami volt az autonómia-megközelítés esetében: megvédeni az emberek mint kollektivitás abbéli képességét, hogy dönthessenek saját sorsuk felől. A gazdag közéleti vita itt is felbukkan, mint e szuverén előjog gyakorlásának alapvető feltétele. Azonban ebben az esetben a tett – mint a társadalmi kontextusban való cselekvés – mércéje az, hogy milyen hatással van a közéleti kérdések megvitatására, nem pedig az, hogy az sérti vagy más módon korlátozza-e egyes egyének vagy intézmények autonómiáját. Ekkor az aggodalom nem a reménybeli beszélőkkel, hanem a közéleti kérdések megtárgyalásnak minőségével kapcsolatos. Lehet védeni az autonómiát, ám csak akkor, ha az gazdagítja a közéleti kérdések megtárgyalását. Az autonómia azonban éppenséggel fel is áldozható, ha például egyesek megnyilatkozásai másokat elhallgattatnak, vagy szisztematikusan torzítják a közügyek napirendjét.

Az állami cselekvés helytelenítése nem ugyanaz, mint annak feltétel nélküli elutasítása. Azok, akik az Első Alkotmánykiegészítést mint az autonómia védelmét olvassák, nem feltétlenül azonosulnak Black legfelső bírósági bíró [aki szerint a „nem lehet törvényt hozni" *(shall make no law)* azt jelenti, hogy „nem lehet törvényt hozni"][10] abszolutisztikus értelmezésével.* Ők olykor megengedőek azzal szemben, ha az állam átlépi a határt és korlátozza valakinek az autonómiáját azért, hogy így érvényesülhessenek más társadalmi érdekek; például beszélők elhallgattathatók a köznyugalom megőrzése vagy a jó hírnév megőrzése érdekében. Amit azonban az autonómia-elv tesz, az az, hogy rendkívül erős vélelmet fogalmaz meg az államnak a szólással kapcsolatos ügyekben történő szerepvállalása ellen. Ezzel szemben a közéleti vita elv örve alatt nem beszélhetünk hasonló, állami szerepvál-

---

* Az Első Alkotmánykiegészítést textualista (szó szerinti) módon értelmező Black bíró álláspontjáról részletesen l. a 6. fejezetet.

[10] Lásd például *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 717–18 (1971) – Black bíró, párhuzamos vélemény.

lalást ellenző vélelemről. Az állam ugyanolyan szerepet játszik, mint bármely más intézmény, és engedélyezett, támogatott és olykor kötelező számára, hogy intézkedéseket foganatosítson vagy rendeleteket alkosson a közéleti viták gazdagítása érdekében, még ha e cselekvés következtésben egyesek beszéde, és ily módon az autonómia korlátozást nyer is.

Természetesen cselekedhet az állam jogtalanul, ami által korlátozhatja vagy szegényítheti a közéleti vitákat. Mindig fürkész tekintettel kell őrködnünk efölött, ám közben nem szabad megfeledkeznünk arról sem, hogy a vitákra ugyanilyen veszély leselkedhet bármely más társadalmi intézmény részéről, legyen az magán vagy közintézmény, és semmi okunk azt *vélelmezni*, hogy az állam inkább használná e hatalmát a közéleti viták torzítására, mint bármely más intézmény tenné. Nincs különös ok, ami erre ösztönözné; a kormányzati tisztségviselők szeretik védeni pozíciójukat és a rendszert, melynek hatalmukat köszönhetik, ám ugyanez elmondható az úgynevezett magántulajdonban lévő vállalatok tulajdonosairól és vezetőiről is, akik szintén jócskán használhatják hatalmukat arra, hogy megvédjék magukat és az érdekükben eljáró kormányzati tisztségviselőket. Az állam kétségkívül rendelkezik néhány sajátos eszközzel, ilyen például a legitim erőszak fölötti monopólium, ám ha képesek vagyunk eltekinteni attól a gondolattól, hogy az állam egy monolit (a Leviatán), és képesek vagyunk felismerni, hogy az állam versengő és egymással átfedésben lévő intézmények hálózata, melyek ellenőrzik egymást, ezek összességét pedig a magántulajdon intézményei tartják szemmel, akkor az állam hatalma kevésbé tűnik különlegesnek és félelmet keltőnek. Rá kell jönnünk, hogy az állam legitim erőszak gyakorlása feletti hatalma nem az állam hatalmának igazi mércéje, és hogy egy olyan állami intézmény hatalma, mint az FCC, nem nagyobb, mint a CBS-é. A rettegés számos formát ölthet. Az FCC és a CBS hatalma különbözik egymástól, az egyik szabályoz, a másik szerkeszt, ám semmi okunk azt hinni, hogy az egyik hatalom szükségképpen nagyobb mértékben korlátozná a közügyek megbeszélését a másiknál. Az állam, bármely más intézményhez hasonlóan, éppúgy cselekedhet a beszéd barátjaként, mint annak ellenségeként; és anélkül, hogy újra a libertariánus vélelembe esnénk, meg kell tanulnunk felismerni, hogy mikor cselekszik az egyik szerepben, nem pedig a másikban.

II.

Manapság a közéleti kérdések megvitatása a tévécsatornákon, jó néhány nagy napilapban és hetilapban zajlik. A fenti intézmények versenye messze van a tökéletestől, és a piaci kudarcok elmélete* alapján bárki juthat arra a következtetésre, hogy szükség van állami beavatkozásra. Ezek rendkívül erős érvek, azonban elhomályosítanak egy mélyebb igazságot, nevezetesen, hogy a piac, még ha tökéletesen működik is, már önmagában korlátozó struktúra. Egy tökéletesen versengő piac létrehozhatja programok, formátumok és beszámolók sokaságát, azonban Renata Adler hasonlatát kölcsönözve, olyan sokféleség lesz ez, „mint egy falka, amelyben alapvetően mindenki ugyanabba az irányba tart".[11]

A piac kétféle módon korlátozza a közérdekű és a fontos témák médiabemutatását. Először is, előnyben részesít bizonyos kiválasztott csoportokat azáltal, hogy a főbb műsorokat, folyóiratokat és újságokat az ő szükségleteikre és kívánságaikra fordított különös figyelemmel készítik. Az egyik ilyen csoport azokból áll, akik elég tőkével rendelkeznek ahhoz, hogy saját tévécsatornát, újságot vagy folyóiratot szerezzenek vagy birtokoljanak; egy másik csoportban azok vannak, akik üzleti vállalkozások hirdetési költségeiről döntenek; és megint másik csoport azoké, akik a leginkább képesek és leginkább kaphatóak arra, hogy a hirdetésekre reagáljanak. Az utolsó csoport mérete kétségkívül igen nagy (beletartozik valószínűleg minden kilencéves, aki képes erőszakkal rábírni szüleit, hogy megvegyék nekik ezt vagy azt), ám nem azonos a szavazók sokaságával. Fogyasztónak lenni, még akár szuverén fogyasztónak is, nem ugyanaz, mint állampolgárnak lenni.

Másodszor, a piac előnyben részesít olyan szerkesztői és műsorigazgatási döntési faktorokat, amelyek szorosan összefüggenek a nyereségességgel vagy allоká-

* Az elmélet szerint a piac gyakran nem működik tökéletesen (azaz pusztán a kereslet és a kínálat alapján), mivel piacon kívüli tényezők is befolyásolják a piac működését. A médiapiac vonatkozásában ez az egyik legfőbb érv a közmédia fenntartására azon az alapon, hogy a piac önmagában nem szolgáltatna bizonyos médiatartalmakat (például jó minőségű híreket), és így indokolt közpénzt áldozni arra. *A ford.*

[11] Renata Adler: *Reckless Disregard.* New York, Alfred A. Knopf, 1986. 17.

ciós hatékonysággal* (hogy a társadalom szempontjából szemléljük a dolgot), de amelyeknek nincs sok köze a választópolgárok demokratikus igényeihez. Egy üzleti vállalkozás számára a költségek és a várható bevételek meglehetősen fontos faktorok abban a döntésben, mely meghatározza, melyik program mikor kerül adásba, vagy hogy mely témákkal foglalkozzon az újság; egy tökéletes médiapiac olyan termékeket hozna létre, melyek határköltsége megegyezik azok határbevételével. Az *I Love Lucy*** ismétlései nyereséget hoznak, és a források gazdaságos felhasználását valósítják meg. A Music Television hasonlóképpen. Azonban nincs sem szükségszerű, de még valószínűsíthető kapcsolat sem a nyereség elérése (vagy a források gazdaságos szétosztása) és a választópolgárok olyan információkkal történő ellátása között, melyek alapján a kormányzati munkával, a kormányzat szerkezetével vagy a társadalom természetével kapcsolatos szabad és intelligens döntést hozhatnak. Ezt az összefüggést jól megértettük, amikor a közoktatási rendszerünket és egyetemeinket kiszabadítottuk a piac markából; és ez az összefüggés éppúgy érvényes a médiára is.

Az eddig elmondottak egy percig sem kívánnak rossz fényt vetni a piacra. Csupán a korlátaira kívántam felhívni a figyelmet. A fő kérdés nem a piaci kudarc, hanem a piaci terítés. A piac bizonyos célok elérésének pompás eszköze lehet, míg más célokra ez nem igaz. Hatásosan állít elő olcsó és változatos fogyasztási cikkeket, valamint alapvető szolgáltatásokat (a szórakoztatást is beleértve), ám olyan vitákat nem nagyon, amelyek folyamatosan megújítják az emberek önrendelkezési képességét. Az állam kiegyenlítő hatalom szerepében jár el, melyre nagyon nagy szükség van, hogy a piacnak tulajdonítható közbeszédtorzulásokat ellensúlyozni tudja, és így őrizze meg a demokrácia alapvető feltételeit. Az állam célja nem a piac helyettesítése (mint ahogy a szocialista elmélet gondolja), nem is annak tökéletesítése (mint ahogy azt tenné a piaci kudarcok elméletében), hanem az, hogy kiegészítse a piacot. Az államnak a piac javítása érdekében kell tevékenykednie. Az államnak a közvélemény napirendjére kell tűznie azokat a kérdéseket, amelyeket szisztematikusan figyelmen kívül hagynak vagy semmibe vesznek, és meg kell teremtenie annak a lehetőségét, hogy olyan hangokkal és szempontokkal is találkozhassunk, amelyek másképp csak elnyomva, vagy tompítva jelenhettek volna meg.

Hogy ezek okán az államhoz fordulunk, nem feltételezi, hogy a kormányzati intézményeket vezérlő emberek morálisan vagy személyiségüket tekintve különböznének azoktól, akik az úgynevezett magánkézben lévő médiát ellenőrzik vagy irányítják. Az államnak nincs különleges státusa az erények birodalmában. Amit az ellensúlyozó hatalom elmélete nagyon is feltételez, az csupán annyi, hogy a po-

* A társadalom hatékonyan, azaz a keresletnek megfelelően osztja szét az erőforrásokat. *A ford.*
** A CBS nagy sikerű televíziós *sitcom*ja az 1950-es években. *A ford.*

zíciójukkal járó hatalom révén az állam alkalmazottai másféle kényszerekkel kénytelenek szembenézni, mint azok, akik a médiát irányítják. Ők közhivatalnokok. Tudjuk, hogy olykor a „közügy" szó üresen kong, mert pusztán magánérdekek egyszerű érvényesítését jelenti, és valóban; a közügyek elszámoltathatóságának rendszere nem tökéletes. Ám ettől még nem szabadna egészében megtagadni az elszámoltathatóság efféle rendszereiben rejlő erőt. Lehet, hogy e rendszerek tökéletlenek, de valamennyi hatásuk azért van. A szándékban is tetten érhető egy fontos különbség. Egy dolog egy közhivatalt viselő embert hatalommal felruházni, és aztán afelől aggódni, hogy vajon a köz érdekében használja-e a hatalmát, és más dolog a hatalmat egyszerűen azoknak a kezében hagyni, akik nyíltan és szemrebbenés nélkül szolgálnak magántőkén nyugvó és piaci kényszereknek kitett intézményeket.

Az elmúlt években egyre többet emlegetik az újságírók a professzionalizmust, és többen egy új újságírói ethosz térnyeréséről beszélnek, amely révén mérséklődik a piac újságírókra, szerkesztőkre és műsorigazgatókra gyakorolt hatása, és erősödik a szakma demokratikus elszántsága. Az ilyen változás természetesen üdvözlendő, ám ettől még az állami beavatkozás nem válik okafogyottá. Alkalmasint a média gazdasági szerepe helyett annak demokratikus misszióját hangsúlyozó szakmai normák térnyerése részben nyomon követhető különféle állami kezdeményezésekben, mint például a méltányosság-doktrínában, amely a műsorszolgáltatókat a köz számára fontos kérdések követésére kötelezi, és arra, hogy ezt méltányos módon tegyék. Sőt, az októl függetlenül is tény marad, hogy e normákat folyamatosan meg kell erősíteni állami beavatkozás vagy az intézményes hatalom más formái révén, ha azt várjuk tőlük, hogy képesek legyenek ellenállni a piac felől érkező nyomásnak. Ahogy azt a *Brown v. Board of Education*[12] esetből és a hatvanas évek emberi jogi mozgalmainak tapasztalataiból tudjuk, a példaadó „népszokások" támogathatók, sőt, akár létrehozásuk vagy legitimációjuk is lehetséges az államhatalom határozott gyakorlása által.

Az adóztatás erejére és szervezeti előnyeire támaszkodva az állam a korrekció feladatát támogatások és szubvenciók formájában is végrehajthatja. Az efféle állami szerepvállalást példázza többek között a közkönyvtáraknak, az államilag fenntartott iskoláknak, magán- és állami egyetemeknek, a közmédiának és az elnökjelölteknek nyújtott támogatás. E szubvenciók roppant mértékben hozzájárulnak a közbeszéd gyarapításához és az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek támogatásához; jóllehet ezt sose tudhattuk volna meg, ha az Első Alkotmánykiegészítést pusztán mint az autonómiát védelmező elvet olvastuk volna. Az autonómia nem akadálya az efféle állami szerepvállalásnak, létrehoz azonban egyfajta alkotmányos közönyt, kitéve e tevékenységeket a piac által uralt politika hányattatásainak.

[12] 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

A közéleti vita elv támogatja az ilyen szerepvállalást, és mikor a tett elmulasztása is a cselekvés egy formájává válik, kimondottan megkívánja; jóllehet, az efféle támogatási kötelesség végrehajtásával kapcsolatos jogorvoslati problémák akutak és jól ismertek.[13]

Az állami beavatkozás más formáit – szabályozó vagy tiltó állami fellépés – tekintve az autonómia-elvnek erős jogi vonatkozásai vannak, és egyesek ezek közül szerencsétlenek. Az autonómia-elvben rejlő erős előítélet az állammal szemben például azt eredményezte, hogy érvénytelenítettek egyes rendeleteket, melyek a kampányköltés számára rendeltek el plafont. Ugyanezen ok miatt alkotmányos köd borította el a méltányosság-doktrínát, megakadályozva így a doktrína kiterjesztését az írott sajtóra, meggyengítve a doktrína végrehajtását, és végül megkérdőjelezve annak létjogosultságát. Az autonómia érdemtelenül nyújt alkotmányos támaszt a dereguláció hívei számára.

[13] Lásd például Seth F. Kreimer: Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State. 132 *University of Pennsylvania Law Review* 1293, 1297 (1984).

III.

Az elmúlt húsz vagy harminc év során a jobboldal dominált az amerikai politikában, és nekilátott az aktivista állam felszámolásának. A „jobboldal" alatt azokat értem, akik igazságosnak vagy épp természetesnek tartják a piac termelte vagyon és hatalom eloszlását, és akik az államot annak társadalomépítő hajlama és képessége okán fékezni kívánják. Vannak ugyanakkor mások, akik kritikusak a vagyon és a hatalom pillanatnyi eloszlásával szemben, ám akik tartanak az államtól, különösen attól, amelyiknek Washingtonban van a székhelye. Ők szintén elítélték az aktivista államot, ám ehelyett nem a piacra kívántak visszatérni, hanem a „baloldali decentralizáció" programjához.

Egy évszázaddal ezelőtt a populisták álltak elő hasonló programmal, legalábbis amíg el nem nyelte őket a politika főárama, és bele nem kerültek a Demokrata Párt szervezeti öntőformájába.[14] Az 1960-as években a baloldali decentralizáció programja fontos szerepet játszott az SNCC és az SDS életében.* Manapság ezt az elméletet támogatja egy különféle jogi egyetemekről származó kutatókból álló csoport: a kritikai jogtudomány mozgalma. Az aktivista állammal szemben általuk megfogalmazott kritikát a politikai hatalom egyetlen apró íze sem támogatja (hogy nagyvonalúan fogalmazzak), ám mindamellett fontosnak érzem, hogy reagáljak ellenvetéseikre, mivel számos olyan ember képzeletét megragadták, akiket csodálok, ezek közül mindenekelőtt a diákjaimét, és mivel álláspontjuk kiindulópontja az a nézet, amire az állami szerepvállalás igazolása is támaszkodik: nevezetesen az autonómia elvetése, a közéleti vita elvének elfogadása és annak felismerése, hogy a piac torzító hatást gyakorol a demokratikus politikára.

Azzal kezdtük az elején, ahogy arra emlékezhet az olvasó, hogy a közéleti vita önmagában nem lesz „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott", hanem ehelyett el fogják torzítani a társadalmat domináló erők. Érvelésem szerint az állam számára

---

* SNCC: Student Nonviolent Coordinating Committee, az amerikai polgárjogi mozgalom diákszárnya az 1960-as években. SDS: Baloldali diákszövetség az Egyesült Államokban az 1960–70-es években.

[14] Lásd Laurence Goodwyn: *Democratic Promise: The Populist Moment in America.* Oxford University Press, 1976.

lehetővé kell tenni, hogy beavatkozzon, olykor meg is kell ezt követelni, mindezt a piac hatásait korrigálandó. Ezt állítván feltételeztem, hogy az állam ellensúlyozó hatalomként cselekszik, ám itt a decentralizáció hívei azt mondják, hogy ez veszéllyel jár, mivel szerintük az állam nem így fog eljárni, hanem ugyanazon erők áldozatául fog esni, amelyek a közéleti viták tárgyalását uralják. Megvan annak a veszélye, hogy az állam nem ellensúlyként fog viselkedni, hanem megerősíti a piacot ebbéli torzító szerepében, minthogy az államot éppúgy formálják a társadalmi erők, mint amennyire az állam maga a változás hajtóereje. Az állam meglehet, csinálhat jó dolgokat, ám ennek esélye oly csekély, és az ellenkező lehetőségé pedig oly nagy, hogy a legjobb lenne – vonja le a következtetést a baloldali kritikus – megakadályozni az állami szerepvállalást, vagy legalábbis egy erős vélelmet megfogalmazni vele szemben – nem az autonómia biztonsága, hanem a közéleti viták gazdagságának biztosítása érdekében.

Az 1970-es évek végén Charles Lindblom írt egy fontos könyvet *Politika és piacok* (Politics and Markets) címmel, melyben erőteljes és kristálytiszta elemzését nyújtotta az úgynevezett „körkörösség" veszélyének.[15] Elvileg az államnak kellene kormányoznia az üzleti életet, ám jó okunk lehet azt feltételezni, hogy az ellenőrzés rendszere pont fordított módon működik. Lindblom kijózanító képet festett; a körkörösség veszélye kétségtelenül valós. Az alapján azonban, ahogyan én látom a tényeket, és méginkább a hatvanas évek aktivista államával kapcsolatos történelmi tapasztalatokat, azt kell hinnem, hogy a függetlenség állam által birtokolt elemei valódiak és lényegesek. E függetlenség nem teljes, de kétségkívül elegendő ahhoz, hogy a segítségével megfogalmazott hatalmi ellensúlyként cselekvő állam elképzelése realitás lehessen. Azt is hiszem, hogy a körkörösség veszélyével másképp is felvehetjük a harcot, mint ahogy az állammal szembeni előítéleteiket megfogalmazó decentralizáció-hívek vélik. Kezdve azzal, hogy feltűnhet, hogy egyes állami intézmények függetlenebbek a piac befolyásától, mint mások, és ennek megfelelően ezek több hatalomban részesülhetnek.

A múltban az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő joggyakorlat megengedte a bíróságoknak, hogy fontos szerepet játsszanak különféle politikai szervezetek értékelésében, így megakadályozandó a többség diktatúráját. Azt hiszem, hogy folytatnunk kell e hagyományt, ám most azért, hogy legyenek eszközeink a körkörösség kiküszöböléséhez. A bíróságok az állam részeként nyilván nem teljesen függetlenek a társadalmi struktúrát uraló erők befolyásától, ám feltehetőleg nagyobb függetlenséget képesek kivívni, mint a törvényhozás vagy a kormányzati hivatalok. Mint ahogy azt a korai New Deal időszakában láthattuk, a társadalmi erők olykor túl nagy függetlenséget biztosítanak a bíróságok számára. E függet-

[15] Charles E. Lindblom: *Politics and Markets: The World's Political–Economic Systems.* Basic Books, 1977. 201–21.

lenség abból fakad, hogy a bírák hosszú ideig, olykor élethossziglan töltik be hivatalukat, jól megalapozott szakmai normák vonatkoznak rájuk, melyek megkívánják tőlük, hogy reagáljanak azokra a panaszokra, melyeket szívesebben hagynának figyelmen kívül, és nyilvánosan meg kell indokolniuk elvi alapokra helyezett döntéseiket.

A körkörösség veszélye szintén csökkenthető az adott intézmények felépítésének megváltoztatásával. A cél nem az, hogy az állam intézményeit teljesen függetlenné tegyük a társadalmi struktúrát uraló erőktől (mely célkitűzést bizonyosan lehetetlen lenne megvalósítani), hanem csupán az, hogy valószínűbbé tegyük, hogy ezen intézmények képesek hatalmi ellensúlyként cselekedni. E cél megvalósítása érdekében ezen intézményekben olyan folyamatokat vagy mechanizmusokat kell létrehozni, amelyek növelik a gyengébb pozícióban lévő társadalmi csoportok hatalmát (például kormányzati hivatalokban a rászorulóknak támogatást ajánló irodák felállítása), és olyan folyamatokat, amelyek csökkentik azok hatalmát, akik egyébként uralják a társadalmi struktúrát (például a nyilvános meghallgatások intézményének bevezetése). Ily módon a Ralph Nader* és más fogyasztóvédők által kitűzött program hivatkozhat az Első Alkotmánykiegészítésre, mivel az „állam foglyul ejtése" elleni küzdelem során növelhetjük az állam piactól való függetlenségét, ily módon erősítve az állam képességét arra, hogy ellensúlyozza a társadalmi struktúra közéleti vitákra gyakorolt kényszerítő hatásait. Az ilyen reformintézkedéseknek természetesen nem kell a kormányhivatalokra korlátozódniuk, hanem kiterjeszthetők az állam összes intézményére, beleértve a bíróságokat is.

E javító intézkedések egyike sem képes a körkörösség veszélyének teljes kiküszöbölésére. Fel kell ismernünk ezen intézkedések tökéletlenségeit, és ez óvatosságra kell hogy intsen bennünket. Ám ennél többet tennünk, ahogy azt a baloldali decentralizáció hívei javasolják, és csatlakoznunk az aktivista állam elleni, manapság oly divatos támadáshoz, még nagyobb veszélynek tehet ki bennünket: ez pedig a piac uralta politika. A körkörösség tipikus módon az állami szabályozással szembeni tiltakozással kezdődik; például olyankor, amikor egy büntető szankciókkal megtámogatott tiltást léptetnek életbe egy egyénnel vagy a szólásszabadságot gyakorló intézménnyel szemben. Nehéz megérteni ugyanakkor, hogy miért nem övezi hasonló tiltakozás az állami támogatási programokat. Vannak, akik az efféle programokat többre tartják a szabályozási intézkedéseknél abból a meggondolásból fakadóan, hogy ezek nem sértik az autonómiát; ám minthogy számomra és a baloldali kritika számára inkább a gazdag közéleti vita az Első Alkotmánykiegészítés kulcsfontosságú értéke, mint az autonómia, nehéz lenne számunkra a fenti preferenciát alkotmányos szabállyá változtatni. A közéleti vita elv égisze alatt a méltá-

* Fogyasztóvédelmi aktivista, többször is indult az amerikai elnökválasztáson. *A ford.*

nyosság-doktrína és a köztelevízió ugyanazon az alkotmányos talapzaton áll: ha az egyik elbukik a körkörösség miatt, akkor a másiknak is buknia kell.

A körkörösségtől való félelemtől vezetve a baloldaliak közül sokan felszámolnák az állami szerepvállalás minden formáját. De nem veszett el számukra minden remény – ők más intézményekbe vetítik bele eszményeiket. Jóllehet hátat fordítanak az aktivista állam szabályozási eszközeinek, és még az állami támogatásokat is elítélik, lévén eltökéltek a demokráciának a piaci erők markából való kiszabadítása tárgyában, az önszerveződést és az olyan kifejezési eszközöket magasztalják, amelyek minden polgár számára rendelkezésre állnak; például a tüntetéseket és felvonulásokat. E tevékenységek természetesen fontos szerepet játszanak az Első Alkotmánykiegészítés bármely felfogásában, és mint ilyenek természetesen elengedhetetlenek egy igazi, hatékony demokráciában. A hatvanas évek emberi jogi menetelései, a vietnami háború elleni tüntetések, az egyetemi campusokon felállított kunyhók, melyekkel az apartheid ellen tiltakoztunk, és a Szolidaritás néven ismert történelmi jelentőségű mozgalom Lengyelországban mind dicső példái e ténynek. A kérdés mindamellett nem az, hogy az önszerveződés és a tüntetés fontos-e, hanem hogy elégségesek-e legalább ahhoz, hogy példájukra mutatva az aktivista állam ellen lehessen érvelni. Nyilván nem elégségesek. E cselekvések az Első Alkotmánykiegészítés bármely felfogása szerint fontosak, ám nem alkalmasak arra, hogy megfelelőképp helyettesítsék a méltányosság-doktrínát, a köztelevíziót, a kampányköltések korlátozását és az állami szabályozások vagy támogatások más formáit, melyek célja a közbeszéd minőségének javítása.

A baloldal demokráciaerősítő programjának összegzését talán azzal az egyszerű megfigyeléssel kell kezdeni, hogy az általuk javasolt politikai önkifejezési formák nem számolják fel teljesen a körkörösség problémáját. Az államra gyakran szükség van e tevékenységek legitimációja és védelme érdekében, és semmi okunk rá, hogy jobban gyanakodjuk az államra, amikor például támogatja vagy szabályozza a médiát, mint amikor a bevásárlóközpontok nyilvános tereihez való hozzáférést szabályozza, kötözködő heccelőket hallgattat el, vagy szakszervezeti tevékenységet legitimál és véd.[16] Sőt, mi több, kizárólag, vagy akár csak főként a felvonulásokra és tüntetésekre (melyeket egy nem radikális kollegám úgy nevez, hogy „olcsó beszéd") hagyatkozni azt jelentené, hogy a társadalom legkevesebb hatalommal bíró csoportjai a legkevésbé hatásos önkifejezési formát lennének kénytelenek használni. Hasonlítsunk csak össze egy napi pamfletosztogatási munkát egy helyi bevásárlóközpontban harminc másodpercnyi szerkesztőségi hirdetéssel, olyannal, mint ami a *Columbia Broadcasting System v. Democratic*

[16] Lásd Karl E. Klare: Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937–41. 62 *Minnesota Law Review* 265 (1978).

National Committee esetnek is tárgya volt.[17] A hatásos beszéd a modern korban nem olcsó.

A dolgoknak nem kell ilyennek lenniük. El tudok képzelni olyan társadalmi helyzetet, amelyben a baloldal által javasolt kifejezési módok elégségesek. Működhetnek a klasszikus görög városállamokban, vagy Amerikában, ha az – mint azt Jefferson javasolta – apró szomszédsági köztársaságokra *(wards)* lenne darabolva.[18] A pusztán jogi decentralizációs vízióval szemben az így létrehozott szociális környezetben a felvonulások és a tüntetések hatásosan informálhatják és okíthatják a publikumot, és emellett fejleszthetik a részt vevő egyének tehetségét és formálhatják személyiségüket is. Az aktivista állam elleni támadást és az olcsó beszéd eszközeire támaszkodást nem csupán a félelem és a körkörösség veszélye motiválná, hanem méltányolhatóan vetné föl egy részvételi demokrácia elméletét. Egy efféle elmélet bizonyára magasztalná a baloldal Első Alkotmánykiegészítés-programját, azonban, fájdalom, egy elérhetetlen álmon alapul. Az amerikai társadalom olyan felosztását és újraszervezését kívánná ugyanis meg, ami nem valószínű, hogy valaha is megtörténhet. Ezen elképzelés egy olyan világot feltételez, amelyben minden fontos dolog helyi szinten történik, és ez aligha elképzelhető.

A decentralizálás baloldali hívei tartanak az aktivista államtól, és bár számos jó okuk lehet erre az aggodalomra, azáltal, hogy feltámasztják az állammal ellenséges vélelmeket, nem kínálnak elfogadható alternatívát a piac dominálta politikával szemben. Ők az önszerveződést és az olyan direkt akciókat hangsúlyozzák, mint a felvonulás vagy a tüntetés, szemben az állami szabályozással vagy állami támogatással, azonban a ma ismert vagy a valaha is valószínűsíthető társadalmi formákban az általuk ünnepelt kifejezési formák nem lennének elégségesek. Valami hiányozna. Igaz, a polgár nem lenne fogyasztó, de attól tartok, alig volna több e polgár, mint egy atléta (vagy Arendt metaforájával élve, mint egy fuvolajátékos).[19] A politika egy utcai mutatványos attrakciójává válna. Azok, akik épp részt vesznek a demonstrációban, ettől nemesedve éreznék magukat, élveznék a küzdelem és a harc különleges ízét, azonban a publikum legnagyobb része – a szavazók – csak ülve szemlélnék ezt, elidegenedve és érintetlenül hagyva a spektákulumtól, és inkább azzal foglalkoznának, hogyan térjenek vissza napi tennivalóikhoz.

---

[17] 412 U.S. 94 (1973).

[18] Lásd Thomas JEFFERSON: Letter to Samuel Kercheval (Sept. 5, 1816). In: Edward DUMBAULD (ed.): *The Political Writings of Thomas Jefferson.* New York, Liberal Arts Press, 1955. 97–98.

[19] Lásd Hannah ARENDT: What Is Freedom? In: Hannah ARENDT: *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought.* New York, Penguin Books, 1968. 143, 153. Lásd általában Hannah ARENDT: *The Human Condition.* University of Chicago Press, 1958.; Hannah ARENDT: *On Revolution.* London, Faber and Faber, 1963.

Egy másik világban, meglehet, másképp lennének a dolgok, ám ebben, amelyben élünk, szükség van az államra. Hogy kikerülhessük az állammal szembeni unalomig ismerős ellenvetéseket, kockáztatjuk a körkörösséget és egy sor más veszélyt, de ezt azért tesszük, hogy megmentsük demokráciánkat. Azért fordulunk az államhoz, mert minden intézményünk közül ez a leginkább alkalmas a köz ügyeinek intézésére, és mert rendelkezik a piac nyomásával szemben szükséges hatalommal, hogy így politikánk nagyobb és életerősebb lehessen.

3.

Csend az utcasarkon

Prológus

Brennan bíró pályájának utolsó két évtizede a Legfelső Bíróságon úgy telt el, hogy folyamatosan kisebbségben volt különvéleményével. Időről időre meg tudott valamit menteni a Warren-testület örökségéből, ám többnyire azon találta magát, hogy ismét csak panaszkodik, amiért a többség rövidít valamit a jogokon. Lásd: A Life Lived Twice, 100* Yale Law Journal *1117 (1991). A szabad szólást olykor olyan területként ábrázolják, mint amelyen egyetértés uralkodott, azonban ezen a területen is fennállt a fenti nézeteltérés. Jóllehet a testület ítéleteiben gyakran idézte Brennan bírót a* New York Times v. Sullivan *ítéletből, hamar világossá vált, hogy a testületi többségnek nem volt szája íze szerinti a szóban forgó ítélet alapértéke – az erőteljes közéleti vita.*

Brennan bíró 1990 júniusában vonult nyugalomba a testületből. Egyik legutolsó véleménye egy különvélemény volt a United States v. Kokinda *esetben, melyben a testület többsége helyben hagyta a szövetségi kormány döntését, melyben politikai aktivistákat tiltott ki egy utcai járdáról. Brennan bíró szenvedélyes és megindító különvéleményében panaszkodik a megelőző évek során a bíráskodásban lezajlott változásról, és a testület akkori kortárs álláspontját összevetette a korai 1960-as évekbeli állásponttal, amikor a Legfelső Bíróság kiterjesztette óvó szárnyá*t, *hogy megvédje a korszak emberi jogi tüntetéseit. A bíró különvéleménye megragadta képzeletemet, és egy sor, ekkorra már elvállalt előadásomban felhasználtam, melyekben a Legfelső Bíróság szomorú fordulatát tanulmányoztam (az Albany Jogi Egyetemen, a Suffolki Egyetem Jogi Karán és a Princeton Egyetemen). Megfelelő kiindulási pontért az 1930-as évekhez nyúltam vissza, mely időszakot Harry Kalven úgy jellemzett, mint a korszakot, amikor „a beszéd kezdett győzni" (lásd* A Worthy Tradition, *167. oldal), és feldolgoztam a kor –* a Schneider v. State *ügyben hozott – egy nevezetes ítéletét. Az előadás a* Suffolk University Law Review *1992 tavaszi számában jelent meg, röviddel ezután pedig egy szerkesztett kötetben:* Public Values In Constitutional Law *(szerk. Stephen Gottlieb, 1993).*

---

* Az Earl Warren vezette (1953–1969) Legfelső Bíróság fontos döntéseket hozott polgárjogi, alkotmányos szabadságjogi és a bíráskodás szabályaival kapcsolatos kérdésekben. *A ford.*

Egy olyan jogrend, amely nem tesz mást, mint védi az utcasarki szónokot, nem biztosítja az életteli demokrácia létrejöttét. Manapság a közéleti viták természetét alapvetően nem az szabja meg, hogy mit mondanak, vagy hogy mennyire képesek megragadni a járókelők figyelmét az utcai szónokok, hanem sokkal inkább a média és különösen a televízió. Valójában az utcai tevékenységeket – legyenek azok beszédek, felvonulások vagy tüntetések – leginkább már a televíziós kamera számára rendezik, és azáltal érik el hatásukat, hogy megjelennek az esti híradóban.

Az elmúlt két évtized során a fennálló rend radikális kritikusainak egyre nehezebbé vált hozzáférniük a médiához. Az 1960-as évek végén a Legfelső Bíróság fenntartotta a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (Federal Communications Commission, FCC) intézkedését – a méltányosság-doktrínát, mely arra volt hivatott, hogy a tévében és a rádióban többféle vélemény jusson nyilvánossághoz.[1]

Az 1970-es években azonban a Legfelső Bíróság változtatott gyakorlatán. Először úgy döntött, hogy alkotmányellenes lenne, ha az állam ily módon biztosítana hozzáférést az írott sajtóhoz,[2] és másodszor még az elektronikus média vonatkozásában is úgy határozott, hogy az FCC-t sem a törvény, pedig az alkotmány nem kötelezi arra, hogy biztosítsa a szerkesztői vélemények közvetlen kifejezésre juttatását.[3] Az olyan szabályok, mint a méltányosság-doktrína ettől fogva teljességgel opcionálissá váltak az elektronikus média számára. Az 1980-as években e folyamat hasonló irányba tartott, és 1987-ben a Reagan által kinevezett FCC úgy, ahogy van, eltörölte a méltányosság-doktrínát.[4] Nem sokkal ezt követően, a District of Columbia Fellebbviteli Bírósága fenntartotta és az FCC adminisztratív hatáskörébe tartozónak ítélte az FCC döntését a doktrínáról.[5]

Az FCC továbbra is törvényben előírt kötelezettséget teljesít, tartotta fenn a Legfelső Bíróság, amikor elnökválasztási kampányok alkalmával ellenőrzi, hogy az elnökjelöltek egyforma lehetőséget kapnak-e az illető csatornáknál, hogy eljuttassák üzeneteiket a választókhoz.[6] Ez az intézkedés azonban nem sokat ér a rendszer radikális kritikusainak, minthogy ők általában a politikai kultúra és a pártszervezetek fősodrán kívül tevékenykednek. Hasonlóképp, az FCC azon intézkedése, mely a nőket és a kisebbségeket előnyben részesítette a műsorszolgál-

---

[1] *Red Lion Broadcasting Co. v.* FCC, 395 U.S. 367 (1969).

[2] *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241 (1974); lásd még: *Pacific Gas Elec. Co. v. Public Util. Comm'n,* 475 U.S. 1 (1986) – alkotmánysértőnek ítélte a szabályozást, mely megkívánta, hogy a közüzemi számla küldője szándékával ellentétesen egy közérdekű hírlevelet juttasson el a fogyasztókhoz.

[3] *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94 (1973).

[4] *Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH,* 2 F.C.C.R. 5272 (1987), 3 F.C.C.R. 2035 (1988).

[5] *Syracuse Peace Council v. FCC,* 867 F.2d 654 (D.C. Cir. 1989).

[6] *CBS v. FCC,* 453 U.S: 367 (1981).

tatási engedélyek odaítélésekor, és amelyet a Legfelső Bíróság szintén fenntartott ítéletében,[7] nem valószínű, hogy nagy javulást hozna ebben a vonatkozásban.

Leszögezendő, hogy az engedélyhez jutó műsorszolgáltatók piaci körülmények között tevékenykednek; így nem teljesen világos, hogy a tulajdonosi körnek a nem vagy a bőrszín alapján történő sokszínűbbé tétele miként változtatna az elektronikus média természetén általában. Sőt, az FCC nem tűnik különösképp elkötelezettnek e saját tulajdonosdiverzifikáló programja iránt, és valószínű, hogy meglehetősen lanyha és következetlen módon fogja azt érvényesíteni. Igazából az FCC már formálisan és nyíltan ejtette volna ezt az intézkedését, ha a Kongresszus nem avatkozott volna közbe. Végül pedig megjegyzendő, hogy a Legfelső Bíróság azon ítélete, amely fenntartotta a tulajdonlásdiverzifikáló szabályt, a lehető legszűkebb, 5:4-es többségű ítélettel született, és hogy a többség egy része, köztük Brennan, Marshall és Blackmun bírók már nyugdíjba mentek. Később a District of Columbia Fellebbviteli Bírósága egy véleményben, melyet a Marshallt helyettesítő Clarence Thomas készített, visszavett valamennyit korábbi ítéletéből, és alkotmányellenesnek ítélte az FCC azon intézkedését, amely a frekvenciák megítélésekor előnyt biztosítana nők számára.[8]

A médiában megjelenő vélemények körét kiszélesíteni igyekvő jogrendszer összeomlása nem zárta el az utat teljesen a radikális kritikusok elől. Egyesek közülük, különösen a vallási szervezetek, elég gazdagok ahhoz, hogy adásidőt, vagy épp saját csatornát vagy újságot vásároljanak maguknak. Más ellenzéki vélemények hangjai megszólalhatnak a lapok véleményrovatában, írhatnak lapok levelezőrovatába, véleménymagazinokba, és beszélhetnek a köz számára hozzáférhető kábelcsatornákon (azoknak, akik szeretnek késő éjjel fönnmaradni). Az ellenzéki csoportok eseményeit és tevékenységét a nagy tévécsatornák és az országos lapok is figyelik. Kár lenne lekicsinyleni e megnyilvánulási lehetőségek összességét, azonban ezek a lehetőségek igazság szerint elég korlátozottak. A legtöbb radikális nem tud adásidőt venni magának, és a nagy tévétársaságok amúgy se nagyon adnának el nekik időt, a hátrányos helyzetben lévők szóvivőinek nincs tőkéjük ahhoz, hogy újságot vagy tévécsatornát vegyenek, a tiltakozó akciókról szóló beszámolók megjelenési esélyeit behatárolják a magánmédia számára irányadó gazdasági körülmények, és ugyane körülményeknek köszönhető a közmédia gyengélkedése is.

Ebben a kontextusban visszatérünk az utcasarokra, némi kétségbeeséssel. Annak közéleti vitákban betöltött szerepe eltörpül a média hasonló szerepe mellett, ám megmarad az egyik olyan nyilvános térnek, ahol radikális aktivisták megszólíthatják a közvéleményt: az utca sarka az ő utolsó, végső elkeseredésükben

[7] *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC,* 497 U.S. 547 (1990).
[8] *Lamprecht v. FCC,* 958 F.2d 382 (D.C. Cir. 1992).

megmaradt fórumuk. Feltételezhetnénk, hogy a médiában és a médiaszabályozásban történő változások nyomán a Legfelső Bíróság, e változásokat kiegyenlítendő, fokozott védelemben részesíti az utcasarkon és minden olyan más nyilvános helyen megszólaló beszédet, ahol emberek összefuthatnak: buszvégállomásokon, repülőtereken, postahivatalokban és plázákban. Valójában ennek pont az ellenkezője történt. Ahelyett, hogy a Legfelső Bíróság ellensúlyozta volna a saját maga által hozott médiaszabályozási intézkedéseket azzal, hogy védelemben részesíti a megnyilvánulás alternatív fórumait, a testület által hozott intézkedések súlyosbították vagy a korábbiakkal megegyező irányba terjesztették ki a médiával kapcsolatos döntéseik hatásait. Ebbéli igyekezetük megmutatta, hogy korábbi döntéseiket a médiával kapcsolatban nem az amúgy méltányolandó, a szabad sajtó különleges szükségletei iránti érzékenységük vezette, hanem inkább az, hogy nem volt szájízük szerint az erőteljes közéleti vitára való hivatkozás, avagy akár épp ellenszenvvel tekintettek e vitákra.

I.

Az 1939-es híres *Schneider v. State*[9] ügy óta az utcasarok oltalom alatt áll, mégpedig az alatt, amit én úgy hívok, hogy az „arányos kiegyenlítés tesztje" *(weighted balancing test)*. E teszt megszabadít a definíciós hercehurcáktól, melyek azon elmélkednek, hogy vajon bizonyos megnyilvánulások – szórólapok osztogatása vagy egy tiltakozó menet – inkább „beszédnek" minősülnek-e, mint „cselekvésnek", azáltal, hogy átengedi az államnak a hatalmat érdekeinek a szabad szólás korlátozásával is járó érvényesítésére. Az Első Alkotmánykiegészítés nem áthatolhatatlan védőpajzsként oltalmazza a beszélőt, mely immunitást biztosít a beszédet korlátozó szabályokkal szemben; az sokkal inkább egy mechanizmus, mely az igazolás folyamatát strukturálja. Az utcai szónokot el lehet hallgattatni, de csak akkor, ha az állam bizonyítani tudja, hogy rá tud mutatni egy, a szabad szólás elhallgattatásán túli érdekre, és hogy ez a bizonyos érdek meghaladja azokat a károkat, amelyeket a szabad szólás szenved az elhallgattatás révén.

A *Schneider*-ügyben a Legfelső Bíróság véleményét Roberts bíró foglalta írásba. Egyenesen fogalmazott, üdítően mentesen a modern kori szólásszabadság-ítéletek szakzsargonjától; az alábbiak szerint azonosította az előtte álló feladatot:

> Minden esetben, (…) amikor a törvényhozás korlátoz bizonyos, [az Első Alkotmánykiegészítés hatálya alá eső] jogokat, a bíróságoknak körültekintő módon kell szemügyre venniük a kérdéses törvény következményét. Puszta törvényhozói preferenciák vagy a közillem szempontjait figyelembe vevő meggyőződések szolgálhatnak személyes cselekvéseket szabályozó érvként, ám lehetnek elégtelenek is, ha a demokratikus intézmények fenntartásához szükséges jogok gyakorlását kívánják korlátozni. És így, ahogy gyarapodnak a vitatott esetek, a bíróságokra hárul az a finom érzéket kívánó nehéz feladat, hogy mérlegeljék a körülményeket, és hogy értékeljék azon indokok súlyát, melyekre hivatkozva szabályozni kívánják a jogok szabad élvezetét.[10]

---

[9] 308 U.S. 147 (1939).
[10] Uo. 161.

A *Schneider*-ügy valójában négy különböző ügyből áll. Egy közülük számunkra itt most nem fontos, egy helyhatósági rendeletről szólt, mely engedélyhez kötötte a házaló ügynöki tevékenységet. A Jehova Tanúi megtámadták e rendeletet, és a Legfelső Bíróság a *Lovell v. Griffin* ügyre[11] hivatkozva megsemmisítette azt, mondván, hogy az a helyi önkormányzatot túl széles hatáskörrel ruházta fel. A többi három esetben közös, hogy a reklámcédulák és szórólapok utcai osztogatását megtiltó helyhatósági rendeletek képezik a vita tárgyát. Ez a három eset rendkívül fontos annak magyarázatakor, amit korábban az arányos kiegyenlítés tesztjének neveztem.

Los Angelesben történt az első eset. Egy embert elítéltek azért, mert röplapot osztogatott az utcán a Lincoln Brigád Barátai nevű társaság egy rendezvényére, melyen a spanyol polgárháború legfrissebb eseményeit szándékozták megvitatni. A második eset Milwaukee-ban esett meg, egy húspiac munkaügyi vitájához kapcsolódott. Letartóztattak egy embert azok közül, akik a piac bejáratánál olyan röplapokat osztogattak, ami leírta a piaccal kapcsolatos munkaügyi panaszuk lényegét, és így igyekeztek a vásárlókat eltéríteni attól, hogy a piacon vásároljanak. A harmadik eset Worchesterben történt, Massachusetts államban, ahol az önkormányzat rendeletben tiltotta meg röplapok osztogatását. A szóban forgó cédulák egy gyűlésre invitáltak, ahol tiltakozni kívántak az állami munkanélküli ellátás megszervezésének módja ellen. Ebben és a milwaukee-i esetben bizonyítékok garmadája támasztotta alá a nyilvánvalót – sok járókelő eldobta a kezébe nyomott cédulát, így az utca tele lett szeméttel.

A Legfelső Bíróság – McReynolds bíró lakonikus különvéleményével – egyhangúan törvényen kívül helyezte a röplaposztást tiltó rendeleteket. Roberts bíró egész indokolása elfért az alábbi bekezdésbe:

> Az alsóbb fokú bíróságok megerősítették a törvényhozás által hozott [a röplapozást tiltó] rendeleteket abból a meggondolásból, hogy így kiküszöbölhető az utcai szemetelés, és jóllehet az elkövetőket magukat nem vádolták szemeteléssel, elítélésük alapja az a meggyőződés volt, hogy abbéli tettük bátorította vagy eredményezte a szemetelést, hogy szétosztották a röplapokat. Meggyőződésünk, hogy az utcai tisztaság és a kulturált környezet elérésére irányuló szándék elégtelen igazolása egy olyan rendeletnek, amely megtiltja azt, hogy egy személynek az utcán jogában állhasson átadni valamely olvasnivalót egy járókelőnek, aki azt hajlandó elvenni tőle. Az utca tisztán tartásának és rendben tartásának a röplaposztogatás következtében előállt, a városvezetésre háruló bármely terhe a szólás és a sajtó szabadságának alkotmányos védelméből származik. Ezen alkotmányos védelem nem fosztja meg a városvezetést minden olyan eszközétől, mely révén kiküszöbölhető a szemetelés. Vannak nyilvánvaló eszközei a szemetelés megelőzésének. Ezek között szerepel azoknak a megbüntetése, akik valójában eldobják a papírt az utcán.[12]

[11] 303 U.S. 444 (1938).
[12] *Schneider*, 308 U.S. at 162.

Ebben a bekezdésben láthatjuk, miként végzi munkáját az arányos kiegyenlítés folyamata. Roberts elismerte az állam szemetelés elkerüléséhez fűzött érdekeinek legitimitását. A szemét esztétikailag kellemetlen, veszélyes lehet az egészségre, és eltakarításának költsége többletterhet ró a kormányzatra. Mindamellett ezen érdekek eltörpülnek a szabad szólás érdekeihez képest, mely szabad szólást Roberts úgy jellemzett az ítélet egy korábbi részében, hogy az „a szabad emberek által végzett szabad kormányzás fundamentuma".[13] Roberts számára a mérleg nyelve a szabad szólás felé billen; ebből következően az állam érdekeinek különösen értékeseknek és fontosaknak kell lenniük ahhoz, hogy egy, a szabad szólást korlátozó rendelet alkotmányosnak minősüljön.

Még az ítélet után is, mely kimondta, hogy a szemetelés kiküszöbölése elégtelen ok a szólás korlátozásának indokolásához, Roberts rámutatott, talán a tisztelet gesztusaként az állam felé, hogy annak más eszközei is vannak igényei kielégítésére. Például vádat emelhet a szemetelő ellen, aki ténylegesen eldobta a járdán a röplapot. Nyilvánvaló, hogy ez a megoldás kevésbé hatásos és kevésbé hatékony annál, mintha a röplapozót fognák el, ám ezen áldozatokat az alapszabadság védelméért hozzák. Mint azt Harry Kalven mondta évekkel később, Roberts a szabad szólást nem luxusalapjognak tekintette.[14]

---

[13] Uo. 161.

[14] Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 156, 197.

II.

A *Schneider*-ügy igazán az 1960-as években virágzott teljes pompájában, amikor a Warren-testület alkalmazta az arányos kiegyenlítés tesztjét, hogy így védje az emberi jogi mozgalom mindig szenvedélyes és olykor romboló hatású beszédmegnyilvánulásait.[15] Megindítva attól a hősies eltökéltségtől, mellyel a Legfelső Bíróság az ország utcáit és járdáit biztosítani kívánta a politikai aktivisták számára, Harry Kalven a „közéleti fórum" *(public forum)* fogalommal gazdagította az Első Alkotmánykiegészítés szótárát, és elmagyarázta, hogy egy életteli demokrácia számára mennyire fontos a hozzáférés e fórumokhoz.[16] Az 1970-es, '80-as évek során e tendencia megfordult és a Legfelső Bíróság védelme az utcasarok – születési neve: „közéleti fórum" – felett egyre kevésbé volt alapos. A *Schneider*-ügy a könyvekben maradt; gyakran idézte és tárgyalta a Legfelső Bíróság, de elszivárgott belőle minden életerő.

A Legfelső Bíróság 1984-es döntése a *Los Angeles v. Taxpayers for Vincent* ügyben[17] ékes példája ennek az átalakulásnak és a módszernek, mely révén Roberts arányos kiegyenlítés folyamatát átalakították és eltorzították. Az eset a Los Angeles-i városi tanácsi választások kampányához kapcsolódik, amikor is az egyik jelölt – Roland Vincent – úgy gondolta elérni a választópolgárokat, hogy a villanyoszlopokra ragasztotta hirdetését. A hirdetés egyszerű üzenetet tartalmazott: „Ro-

[15] Lásd például *Cox v. Louisiana,* 379 U.S. 536, 553–58 (1965) – felülbírál egy beszélő ellen hozott ítéletet, aki akadályozta a járdán a közlekedést; *Edwards v. South Carolina,* 372 U.S. 229, 235–37. (1963) – megerősíti, hogy a tüntetéseket tiltó közrendrendelet sérti a polgárjogi tüntetők Első Alkotmánykiegészítés által védett jogait; lásd szintén *NAACP v. Button,* 371 U.S. 415 428–29. (1963) – fenntartja, hogy Virginia tiltó rendelete a jogi vállalkozások hirdetései ellen ellentétben áll a NAACP-nek az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogaival.

[16] Lásd Harry Kalven, Jr.: The Concept of Public Forum: Cox v. Louisiana. 1965 *The Supreme Court Review* 1; Harry Kalven, Jr.: *The Negro and the First Amendment.* Ohio State University Press, 1965., újraközölve 1966-ban egy Public Forum-cikkel kiegészítve; lásd még Robert C. Post: Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum. In: Robert C. Post: *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management.* Cambridge, Harvard University Press, 1995. 199.

[17] 466 U.S. 789 (1984).

land Vincent – Városi Tanács". A város köztisztasági alkalmazottai, követve a város rendeletét, mely tiltotta bárminemű üzenet elhelyezését a villanyoszlopokon (vagy hasonló szerkezeteken), leszedték a választási hirdetéseket. Válaszképp Roland Vincent követői megtámadták a város rendeletének alkalmazását. A Legfelső Bíróság Stevens bíró indoklását követve, azon az alapon, hogy az intézkedés különféle esztétikai érdekeket szolgál, beleértve a „vizuális zűrzavar" elkerülésének vágyát, megosztott szavazattal ugyan, de fenntartotta a rendeletet. Brennan, Marshall és Blackmun bírák különvéleményt fogalmaztak meg.

A *Vincent* eredménye szöges ellentétben áll a *Schneider* következtetésével, és ez az elemzési módszereikre is igaz, bár nem ennyire feltűnően. A *Schneider* arányos kiegyenlítés tesztje helyett Stevens bíró egy sor precedensre[18] építve többszintű kategorizáló megközelítést alkalmazott. A *Schneider* arányos kiegyenlítés tesztje a folyamat vezérmetaforájául a mérleget választotta, melynek nyelve többnyire az Első Alkotmánykiegészítés felé billen: a szólás mellett dönt, ily módon megkívánva az államtól, hogy az azonosítson a mérleg másik oldalán egy különösen nagy súllyal latba eső vagy sürgető érdeket a célból, hogy a szabályozás fennmaradjon. A *Vincent*ben alkalmazott kategorizáló megközelítés során a bíró szintén két faktort állít szembe: a szólást ért kárt és az állam érdekeit. A korábbiakkal szemben viszont nem összeméri, egyensúlyozza a két faktort, hanem elemzi őket mint két, egymásra tett skatulyákból vagy dobozokból álló oszlopot. Egy oszlopnyi skatulya a károknak, egy pedig az állam érdekeinek.

Az első oszlop szabályozásokat osztályoz attól függően, hogy miként ütköznek a szólással. Azt a törvényt, amely a beszélőket a beszédük tartalma alapján különbözteti meg, mint „tartalmon alapuló szabályozást" osztályozza, míg a törvény, mely a beszéd idejét, helyét vagy jellegét szabja meg, a „hozzáférés-szabályozás" skatulyába kerül. A második oszlopban három doboz van, osztályozva a törvény által támogatott állami érdekeket. Az első doboz a „kényszerítő", a második a „lényeges" és a harmadik a „közönséges". Minden egyes skatulya az állami érdek eltérő fontossági szintjét jelöli.

A kategorizáló folyamat egy sor szabályt is tartalmaz, olykor ezeket mint „a vizsgálat szintjeit" említik, melyek a két oszlop közötti kapcsolatokat és megfeleltetéseket hozzák létre, azaz a meghatározott kárhoz tartozni fog egy meghatározott fontosságú állami érdek. Ahhoz, hogy elfogadható legyen a tartalom alapú szabályozás, az állami érdekek oszlopban kell találni egy érdeket, amely a „kényszerítő" skatulyába esik; más szóval az a legszigorúbb és a legaprólékosabb vizsgálat alá esik. Egy hozzáférés-szabályozás közepes, vagy annál enyhébb szigort

---

[18] Lásd *Heffron v. International Soc'y for Krishna Consciousness,* 452 U.S. 640, 649–51 (1981) – az eljárás kategoriális elemzése annak elbírálására, hogy állami vásárokon leszólíthatók-e a megjelentek; *United States v. O'Brien* 391 U.S. 367, 376–80 (1968) – az eljárás kategoriális elemzése a katonai behívó megsemmisítése szabályozásának elbírálására.

megvalósító vizsgálódást igényel, mivel az állam érdekei ekkor csupán a „lényeges" vagy „jelentős" kategóriába esnek.

Önmagában véve e metaforaváltás, mely során az arányos kiegyenlítés átadja a helyét egy kategorizáló megközelítésnek, nem lenne kirívóan fontos dolog. Fel lehet fogni egyszerűen az alkotmányjog egyre fokozódó bürokratizálódásának következményeként, módszerként, mely doktrínák egész tömegét alkalmazza, mely nem jelent különösebb veszélyt az Első Alkotmánykiegészítés értékei számára.[19] Csakúgy, mint az arányos kiegyenlítés tesztje, a kategorizációs megközelítés is megteheti, hogy mindig elismeri a szabad szólás kitüntetett szerepét azzal, hogy mindig a „kényszerítő" kategóriát azonosítja a vele szemben álló állami érdek számára. Így nem sok különbség lenne a két módszer között. Roberts bíró nem használta a „kényszerítő" kifejezést, de épp használhatta volna, mivel érvelése szerint a beszédet korlátozni kívánó állami érdeknek igencsak sürgetőnek kell lennie ahhoz, hogy érvényesülhessen. Egy alapvető különbség feltűnik azonban, mivel a kategorizációs módszerre való áttérés együtt járt az állami kötelezettségvállalások csökkentésével. Nem a „kényszerítő" lesz a mérce az olyan hozzáférés-szabályozások esetében, mint a Los Angeles-i rendelet. Az efféle intézkedéseket inkább a „lényeges" mérce alá eső érdekekkel fogják összekapcsolni – ami nyilvánvalóan több, mint a „közönséges", de kevesebb is, mint a „kényszerítő".

A helyi bíróság a *Vincent*-ügyben Los Angeles városnak a vizuális zűrzavar elkerüléséhez fűződő érdekeit „legitimnek és kényszerítőnek"[20] tekintette, amikor fenntartotta a városi rendeletet. A következtetés ránézésre abszurdnak tűnhet – ha a vizuális zűrzavar elkerülésének igénye kényszerítő erejű érdek, akkor a „kényszerítő" szó elvesztette minden értelmét. A Legfelső Bíróságon azonban Stevens bíró a város érdekeit csupán „jelentősnek" vagy „lényegesnek" értékelte ítéletében.[21] Stevens érvelése szerint a korábbi ítéletek arra tanítanak, hogy „az állam szükséges esetben korlátozhatja a szabad szólást, hogy így segítse elő egy jelentős és legitim állami érdek érvényesülését".[22] Az ilyen szabályozásokhoz kötődő helyi közösségi érdeket Stevens „súlyosnak"[23] nevezte, és úgy zárta következtetését, hogy „a rendelet által érintett probléma – a Los Angeles polgárai ellen intézett vi-

---

[19] Lásd John Hart Ely: Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis. 88 *Harvard Law Review* 1482, 1500–01 (1975). Ely professzor érvelése szerint a Warren-testület szívesen használta a kategorizációs elemzést Első Alkotmánykiegészítés-esetekben abból a célból, hogy korlátozza az igazságszolgáltatás értelmezési aktivizmusát. Lásd még *Employment Div. v. Smith,* 490 U.S. 872 (1990) – Scalia bíró a kategorizációs elemzést alkalmazza a szabad joggyakorlásra vonatkozó követelésekre.

[20] *Vincent,* 466 U.S. 795.

[21] Uo. 804–805.

[22] Uo. 804.

[23] Uo. 806.

zuális támadás a város vagyonát képező oszlopokon felgyülemlett hirdetések által – jelentős és lényeges kellemetlenségnek tekinthető, aminek tiltása a városnak jogában áll."[24]

Stevens elmozdulása a köztes értékelés mércéje felé azon a nézeten alapult, hogy Los Angeles rendelete tartalomsemleges volt. A szabályozás maga nem Ronald Vincentre és nem általában véve a politikai jelöltek tevékenységére vonatkozott, hanem mindenkire, akinek szándékában állt hirdetéseket kitenni a villanyoszlopokra. Ezen állásfoglalással Stevens hű volt az 1970-es és a korai 1980-as évek esetei által kijelölt irányvonalhoz, melyek a tartalmon alapuló szabályozást kiemelten veszélyesnek tartották az Első Alkotmánykiegészítés értékeire nézve. Eltekintve a precedensektől, egy kérdés azért feltehető Stevens ítéletének megalapozottságával kapcsolatban. Egy beszélőt vagy bizonyos típusú beszélőket kiszorítani a nyilvános utcasarokról támadó jellegű lépés, ám az is az, ha valaki úgy, ahogy van, elzárja az utcasarkot a nyilvánosság elől. Ez következésképp hátrányba hozza azokat a beszélőket, akiknek a legnagyobb szükségük van az utcasarokra ahhoz, hogy elérjék a publikumot, csökkenti a nyilvános viták összmennyiségét, és így csorbítja a közösség képességét az önrendelkezés megvalósítására. E megfontolások indították a bírákat a *Schneider*ben döntésük meghozatalára, mely ügy végül is magában foglalt röplapozást tiltó rendelkezéseket, melyek, hasonlóan a Los Angeles-i tiltáshoz, nem meghatározott tartalmakra vonatkoztak.

A *Schneider*től és az emberi jogi korszak „nyilvános fórum" ügyeitől való aggasztó elfordulásként értékelhető Stevens bíró hajlandósága arra, hogy mérsékelje a szabad szólás védelmének szokásos mércéjét, ám talán a legaggasztóbb az a mód, ahogyan a jelentős érdek tesztjét alkalmazta. Véleményének legvégén idézte a *New York Times v. Sullivan* mágikus fordulatát, amely az ország elkötelezettségét hangsúlyozta a „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott közbeszéd iránt."[25] Elemzésében ugyanakkor sehol nem lehet érezni ezen elkötelezettség húzóerejét. Stevens azt mondta, hogy a vizuális zűrzavar elkerülésének érdeke „lényeges", „jelentős" vagy „nagy súlyú", ám e kifejezéseket mechanikusan használta, mintha csak sorra venné az indítványokat. Valójában, ha a vizuális zűrzavar elkerülésének érdeke megfelelő indok lenne a beszéd betiltásához, akkor kevés olyan állami érdeket találnánk, amely ne felelne meg ennek a feltételnek. Nyilvánvaló, hogy ilyen alapon egy sor más esetben is be lehetne tiltani a beszédet az utcasarkon, hogy így elkerülhessék a közlekedés veszélyeztetését, hogy csökkenjen a gyalogosok torlódása, hogy biztosítani lehessen az akadálytalan bejutást az üzletekbe, vagy hogy el lehessen kerülni a rendbontást. Egészségügyi és esztétikai megfontolások alapján még a szemét elkerülésének kívánalma is megfelelő ok lehetne a szórólapozás

[24] Uo. 807.

megtiltására. Semmi, abszolút semmi nem maradna a *Schneider* és a folyományaként megszületett döntések számára.

Szembesülve ezen aggasztó eredményekkel, Stevens két érvet vezetett elő, melyek úgy is olvashatók, mint az álláspontjának szelídítésére tett kísérletek. Elsőként úgy érvelt, hogy a *Vincent*-esetben az államnak nem volt alternatívája a cselekvésre, mondván, nem tudta volna oly módon érvényesíteni az érdeket, hogy az lényegesen kisebb mértékben fenyegesse az Első Alkotmánykiegészítés értékeit. Az arányos kiegyenlítés eljárásának kontextusában az iménti kérdés, mely az állam alternatív érdekérvényesítő eszközeit firtatja, alapjaiban határozza meg, hogy az állam érdeke indokolja-e a kérdéses ítéletet. Például a *Schneider*-esetben egy kevésbé korlátozó alternatíva jelenléte (például egy szemetelést megtiltó rendeleté) tagadta vagy meggyengítette azt a jogalapot, mely szerint a szemét elkerüléséhez fűződő érdek kényszerítette ki a szórólapozás tiltását. A modern esetek kategorizálási megközelítései során a „kevésbé korlátozó alternatíva" utáni kutatás afféle többletteendőként tűnik fel. Az állam érdekeinek lényegesnek (vagy olykor kényszerítőnek) kell lenniük, és a szabályozásnak *emellett* a lehető legkisebb mértékű kényszerítés révén kell a kérdéses érdeket érvényesítenie.[26] Ez azt jelenti, hogy a Los Angeles-i rendelet fenntartása érdekében Stevensnek úgy kellett következtetnie, hogy nem csupán fontos érdek volt a vizuális zűrzavar elkerülése, hanem emellett úgy is, hogy a Los Angeles által e cél elérése érdekében életbe léptetett rendelet a lehető legkisebb mértékű korlátozás volt.

Nyilvánvaló, hogy a *Vincent*-esetben volt lehetőség kevésbé korlátozó intézkedésekre. Mint ahogy Brennan bíró kifejtette azt különvéleményében, a plakátolásnak a város összes villanyoszlopára vonatkozó, teljes tiltása helyett – ahogy a rendelet határozott – megtehették volna, hogy bizonyos környékeken tiltják meg a plakátolást, vagy szabályozhatták volna annak sűrűségét. A totális tiltáshoz mérve egy efféle középutas megoldás talán nem érvényesítette volna oly teljeskörűen vagy hatékonyan a város esztétikai érdekeit. Ám mint azt a *Schneider* megmutatta, a legkevésbé korlátozó alternatíva tesztje szerint bizonyos mértékű áldozat elvárható a szabad szólás érdekében.

Stevens bíró nem erre a következtetésre jutott; és ezt részben a modern esetek legkevesebb korlátozás normájának felvizezésével tette. Akkor bukik el egy, a beszédet szabályozni, az állam érdekeit pedig védeni kívánó elképzelés, ha „a kelleténél lényegesen szélesebb körű".[27] Más szóval egy, nem a lehető legkevesebb korlátozással járó szabályozás akkor léphet életbe, ha nem korlátoz „lényegesen" jobban, mint az állam rendelkezésére álló egyéb eszközök. Az államra háruló feladat, a *legkevésbé* korlátozó szabályozás megkeresésének terhe ily módon csök-

[25] *Vincent,* 466 U.S. 808.
[26] Lásd: *United States v. O'Brien,* 391 U.S. 367, 377 (1968).
[27] *Vincent,* 466 U.S. 808.

ken. A Brennan által javasolt szabályozás, mely a plakátolás adott sűrűségét határozta volna meg, bár kevésbé korlátozna, mint a teljes tiltás, ám – Stevens szerint – az állam nem lenne köteles alkalmazni azt, mivel nem „lényegesen" kevésbé korlátozó a város által választott módszerhez képest. A szólásnak nem mindenfajta védelme követelmény; csak a lényegesek.

Az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek fontosságát Stevens bíró egy másik helyen is figyelmen kívül hagyta, amikor a legkevésbé korlátozó alternatív szabályozás kérdését tárgyalva odáig ment, hogy a *Schneider*t magát megossza azon az alapon, hogy a Roberts bíró által elképzelt szemeteléstellenes rendelet nem korlátozta volna a beszédet, míg a Brennan által javasoltak igen. Stevens ezt írta: „Egy szemeteléstellenes rendelet korlátozni tudta volna a tényleges kárt anélkül, hogy ezzel bármilyen önkifejezési cselekvést megtiltott volna. (...) Itt a tényleges kár – a vizuális enyészet – nem egyszerűen az önkifejezés lehetséges melléktermék, hanem azt maga az önkifejező cselekvés hozta létre."[28]

E részben Stevens pontosan leírja a két eset közötti különbséget, ám nem meggyőző abbéli igyekezete, hogy azt a *Schneider* relevanciájának korlátjává változtassa. Roberts megemlítése a *Schneider*, illetve a szemeteléstellenes rendelet kapcsán példaként szolgál, azt megmutatandó, hogy abban az ügyben a röplapozás tiltásának vannak kevesebb korlátozással járó alternatívái.[29] Nem a példának, hanem a szabálynak kellene uralkodónak lennie, mely szabály alapján a Legfelső Bíróságnak fel kell tennie kérdést, hogy voltak-e a Los Angeles által választott eljárásnak kevésbé korlátozó alternatívái, minthogy ténylegesen voltak. Még ha Brennan alternatív javaslatai jelentettek is bizonyos korlátozást a beszédre nézve, e beavatkozás sokkal szűkebb lett volna, mint a Los Angelesben hatályba lépett teljes tiltás.

A második taktika, mellyel a *Vincent* eredményének tompítása vagy bocsánatossá tétele érdekében élt, Stevens azon állításában érhető tetten, mely szerint a beszélőnek volt megfelelő alternatív kommunikációs csatornája. Stevens így írt: „a nyilvánossá vált tények között semmi sem utal arra, hogy a politikai hirdetések elhelyezése közvagyont képező tárgyakon egyedülállóan értékes vagy fontos módja volna a kommunikációnak, vagy hogy a perbe fogott fél lehetőségét a hatásos kommunikációra egyre növekvő korlátozások fenyegetnék."[30] Ha jóhiszeműen próbáljuk értelmezni Stevens ezen állítását, érthetjük úgy, hogy ha nincs alternatív kommunikációs csatorna, az állam érdekei megfelelően kényszerítőek ahhoz, hogy a szabályozás indokául szolgáljanak (még ha a szóban forgó szabályozás általános is), vagy hogy az állami érdeknek valóban lényegesnek kell lennie, vagy

[28] Uo. 810.

[29] Figyeljük a „között" *(amongst)* szót a *Schneider*ből idézett részben, 308 U.S. 162.

[30] *Vincent*, 466 U.S. 812.

hogy a Legfelső Bíróság a legkevésbé kényszerítő alternatíva tesztet még szigorúbban alkalmazza. Ezen értelmezés szerint a szabad szólást érő veszteségek még rettenetesebbek ott, ahol nincsenek alternatív kommunikációs csatornák, és a Legfelső Bíróságnak több oka van arra, hogy az állam cselekvését alapos elemzésnek tegye ki.

Ennek ellenére Stevens bíró *Vincent*re vonatkozó elemzése kevés vigaszt nyújt nekem. Ahelyett, hogy azt kérdezné, hogy a közvéleménnyel való kommunikációnak értelmes és hatásos módja-e plakátokat villanyoszlopokra tűzni – amit mindenki megkérdezhet a szórólapozás esetében –, úgy tűnik, hogy Stevens a beszélőre helyezi annak a bizonyítását, hogy az illető kommunikációs csatorna „egyedülállóan értékes". A szórólapozás vagy bármely más kommunikációs forma önmagában nem állná ki ezt a tesztet. Mindig vannak alternatívák, egyesek jobbak, mint mások, ám a kommunikáció egyetlen formája sem „egyedülállóan értékes".

Roberts bíró a *Schneider*ben az alternatív kommunikációs módok kérdését más szemszögből közelítette meg. Ő elismerte a beszélőnek azon jogát, hogy szabadon válassza meg az eszközt, amivel el kívánja érni a publikumot, és az államra helyezte annak a terhét, hogy indokolja meg beavatkozását az illető kommunikációs formával szemben. Ahogy mondta, „senki szabad szóláshoz való joga nem korlátozható azon az alapon, hogy máshol szabadon gyakorolhatja azt".[31] Ezzel szemben úgy tűnik, Stevens bíró csak azután volt kész az indokolás terhét az államra helyezni, hogy a beszélő megindokolta, hogy miért választotta az illető kommunikációs módot; és tette mindezt meglehetősen impozáns módon.

[31] *Schneider*, 308 U.S. 163.

III.

Miközben a *Vincent*-ügyben a Legfelső Bíróság kifinomultan manipulálta az arányos kiegyensúlyozás tesztjét és annak modern párját, hogy a *Schneider*nek ellentmondó eredményre jusson, névleg a teszt legyengített változatához ragaszkodott. A Legfelső Bíróság közepes szigorúságú vizsgálatot ígért, ám mint azt láthattuk, ezt az ígéretet alaposan megszegték a nagy igyekezetben. Jóllehet az 1990-es *United States v. Kokinda*[32] esetben e revíziós folyamat újabb állomásához érkezett, lényegében megtagadta a *Schneider*t és mindent, ami azzal járt. Az O'Connor bíró által jegyzett véleményben a testület többsége nyíltan elutasított minden speciális felülvizsgálati eljárást – legyen az arányos kiegyenlítés vagy középszintű felülvizsgálati eljárás *(intermediate scrutiny)* – a közterületekhez, köztük a járdákhoz való hozzáférést korlátozó szabályozások egy nagy csoportjával kapcsolatban. Kennedy bíró megtagadta, hogy csatlakozzon O'Connor véleményéhez. Ő kitartott amellett, hogy valamilyen közbülső felülvizsgálati eljárásnak alá kell vetni e szabályokat – jóllehet, a *Vincent* szellemében, amire hivatkozott, e tesztet kielégítőnek tartotta. Brennan, Marshall és Blackmun bírák megintcsak különvéleményt fogalmaztak meg az ítélet ellen. Ebben az esetben Stevens bíró is csatlakozott hozzájuk.

A *Kokindá*ban az ügy tárgya az Egyesült Államok Postaszolgálatának (USPS) egyik szabályzata volt, melyben a szervezet megtiltotta az adománygyűjtést a tulajdonát képező területen. A szabályzatot egy politikai szervezet önkénteseinek csapatára alkalmazták, akik egy postahivatal bejáratától nem messze egy asztalt állítottak fel a járdán, hogy adományokat és előfizetéseket gyűjtsenek a szervezet könyveire és újságjára, továbbá, hogy különböző politikai kérdésekkel kapcsolatos irodalmakat osszanak az arra járóknak.

A szóban forgó postahivatal egy különálló épületben volt egy nagyobb autópálya mellett, a kertvárosi Marylandben. Az emberek autóval mentek a postára, leparkoltak, és a parkolóból egy járdán mentek be a postára. Ezt a járdát használták a politikai aktivisták. Az adománygyűjtők ellen büntetőeljárás indult, és olybá

[32] 497 U.S. 720 (1990).

tűnt, az eset nagyon emlékeztet majd a milwaukee-i húspiacnál tiltakozók esetére a *Schneider*ben. Ugyanakkor volt egy fontos különbség. A járdát nem a város, hanem az Egyesült Államok Postaszolgálata építette és birtokolta.

A kormány azon az alapon védte meg ítéletét, hogy az adománygyűjtés akadályozta a rendes forgalmat a járdán (a ki- és bemenetet a postára), így gátolva a Postaszolgálatot abban, hogy megvalósítsa fennen hirdetett programját munkájának hatékonnyá tételére. E magyarázatra három válasz érkezett. Az ellenzőké, akik Brennan bírón keresztül fogalmazták meg ellenvetésüket; ő az egyik utolsó véleményében kifejtette, hogy jóllehet az állam hatékonyság iránti igénye legitim, ez az ok elégtelen a szabad szólás korlátozásának igazolására. Az ellenzők hűek voltak a *Schneider*-esethez. A második választ Kennedy bíró vezette elő párhuzamos véleményében. Érvelésében fenntartotta a vádat az aktivisták ellen azon az alapon, hogy a közlekedés biztosításának érdeke minősíthető „lényeges", „jelentős" vagy „nagy súlyú" érdeknek a *Vincent* logikáját követve (elvégre az csaknem bármire igaz lehet).[33]

A harmadik és legmegdöbbentőbb választ O'Connor bíró fogalmazta meg a bíróság többségi véleményében; e válaszban jelenik meg leglátványosabban a szabad szólás veresége. O'Connor, csakúgy, mint Kennedy, helyben hagyta a kormány intézkedését, de Kennedytől eltérően nem az arányos kiegyensúlyozás tesztjét alkalmazta, és nem vizsgálta a kormány érdekének meglétét más, a közepes vagy a szigorú mérce szerint sem *(intermediate and strict scrutiny)*. A kormánytól csupán *jogos* érdek felmutatását várta, és ebben az esetben a szabad átjárás biztosítása bőségesen elegendőnek bizonyult e kritérium teljesítésére. O'Connor leszögezte, hogy az állami érdeknek nem kell „kényszerítőnek", „jelentősnek", „lényegesnek" vagy „nagy súlyúnak" lennie. Ehelyett kijelentette, hogy a kormány intézkedéseit csak „indokoltságuk tekintetében kell megvizsgálni,"[34] ami alatt ő csak annyit értett, hogy a járda szabaddá tételéhez fűződő kormányzati érdeknek jogosnak vagy elfogadhatónak kell lennie.

O'Connor véleményében a kérdéses, szólásnak minősülő cselekvést (adománygyűjtés) nagy terjedelemben tárgyalta, melyből úgy tűnik, hogy az előtte lévő ügyet elkülönítette a Schneidertől azon az alapon, hogy az adománygyűjtés más szólásnak minősülő cselekvésnél, mint például a szórólapozás, jobban zavarja a

[33] Uo. 738–739.

[34] Uo. 727. Később O'Connor bíró elfogadta a védelemnek a bevett doktrínához kapcsolódó érvét, miszerint az adománygyűjtés megtiltása nem a legkevésbé korlátozó eszköz volt a Postaszolgálatnak a hatékonysághoz fűződő érdekei érvényesítésére. Ugyanakkor azonnal megszakította az efféle vizsgálódásokat, megtagadván a felsőszintű felülvizsgálat *(strict scrutiny)* minden formáját vagy az arányos kiegyenlítés tesztjét: „Ha akár még szűkebbre szabott szabályozásokat is kellene életbe léptetni, a Postaszolgálat csak elfogadható szabályozásokat köteles bevezetni. ..." Uo. 735–736.

gyalogos járda forgalmát.[35] Én kételkedem e megkülönböztetés ténybeli megalapozottságában. Az természetesen igaz, ahogy O'Connor megjegyezte, hogy a gyalogosnak meg kell állnia, hogy meggondolja, ad-e adományt, ám ugyanez elmondható a szórólapozásnál vagy akár egy szónoklat esetében – a gyalogosnak lehet hogy meg kell állnia, hogy elolvasson vagy meghallgasson valamit. Ám akár még azt is fenntartva, hogy az adománygyűjtés nagyobb zavart okoz, mint a szórólapozás, attól még nem kell átalakítani és leszállítani a felülvizsgálat szintjét, hanem, mint azt Kennedy gondolta, mindössze annyi a teendő, hogy felső- vagy középszintű felülvizsgálati mércét kell alkalmazni, mely megkívánja, hogy az állam lényeges érdeket mutasson fel. Ugyanakkor O'Connor véleménye nyomán visszautasították az arányos kiegyenlítés tesztjét vagy bármely más felülvizsgálati eljárást, mely rendelkezés nem a meghatározott fajtájú, szólásnak minősülő cselekvésre vonatkozott (adománygyűjtés), hanem a járda, azaz a beszéd helyszínéül szolgáló terület tulajdonlási szerkezetére.

Roberts bíró funkcionális szempontból közelített a tulajdon kérdéséhez. Őt nem érdekelte, hogy kinek a neve szerepel az illető terület tulajdoni lapján; tulajdonképpen egyáltalán nem játszott szerepet a *Schneider*ben adott elemzésében az, hogy ki volt a járda tulajdonosa. Ehelyett ő megértette, hogy mire van a politikai aktivistáknak szükségük ahhoz, hogy gyűléseiket reklámozandó vagy nézeteiket bemutatandó elérjék a publikumot, és a szórólapozást a járdán tökéletesen ésszerű eljárásnak tekintette e célkitűzés eléréséhez. A közönség használta a járdát, és a szólásnak minősülő tevékenység nem akadályozta lényegesen vagy túlságosan a szóban forgó fizikai hely rendeltetésszerű használatát. A szólás gyakorlása összeegyeztethető volt a tér használatával.

E funkcionális megközelítés uralta az efféle kérdésekben hozott ítéleteket a háború előtti időszakban, és jócskán szerepet játszott abban a nagylelkű védelemben, amelyet a Warren-testület a nyilvános tüntetések számára nyújtott az emberi jogi mozgalmak korában. A testületek bírái mindig érzékenyek voltak az okozott felfordulás mértékére – valójában, ha a rend és a szabad és nyílt vita által képviselt értékek mérettek meg egymással szemben, olykor megosztottak voltak abban, hogyan kell megállapítani az egyensúlyt. Ugyanakkor lényegében semmilyen figyelmet nem szenteltek a tulajdonviszonyok kérdésének ezen eljárások során. Nem

[35] E javaslatot megerősítette O'Connor állásfoglalásában az *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee* ügyben, 112 S. Ct. 2701 (1992) és a *Lee v. International Soc'y for Krishna Consciousness* ügyben, 112 S. Ct. 2709 (1992), melyekben támogatta a New York körzetében lévő repülőtereken való adománygyűjtések tilalmát, ám ellene szavazott annak a javaslatnak, amely a repülőtereken tiltani akarta a szórólapozást. Lásd: 112 S Ct. 2711, 2715 (O'Connor bíró, párhuzamos vélemény); lásd a 44. és 47. lábjegyzeteket. Kennedy bíró szintén megosztotta véleményét hasonló módon, ám mint a *Kokindá*ban, alkalmazta a középszintű felülvizsgálati normát. 112 S. Ct. 2711, 2724 (Kennedy bíró, párhuzamos vélemény).

mellesleg, amikor a Legfelső Bíróság 1968-ban egy magánterületen – egy bevásárlóközpontban – történt, szólásnak minősülő cselekvést részesített védelemben, azt ugyanazon indok alapján tette, mint amikor államilag birtokolt területen, utcákon és járdákon történő szóláscselekvéseket védett.[36]

Az 1970-es évek elején az újjáalakult Legfelső Bíróság szakított ezzel a hagyománnyal és elemzéseinek középpontjába a tulajdonjog kérdését helyezte. Az állami cselekvés kötelezettségének *(state action requirement)* leple alatt a Legfelső Bíróság magántulajdonban lévő intézményeket – bevásárlóközpontokat és plázákat – zárt el szólásnak minősülő cselekvések elől.[37] Csak állami tulajdonban lévő területet lehetett nyilvános fórumnak tekinteni. Bizonyos értelemben az államnak kétszer kellett megjelennie: mint az intézmény, amely csendet rendel el, és mint az intézmény, mely érvényt szerez az elhallgattatásnak. A Legfelső Bíróság csak akkor kezdte a *Schneider* kiegyenlítő módszerét vagy a későbbi esetekben a többlépcsős vizsgálatokat alkalmazni, ha megbizonyosodott arról, hogy a kérdéses, szólásnak minősülő cselekvés állami területen valósult meg.

Első ránézésre úgy tűnik, hogy a *Kokinda* beszélői könnyedén teljesíthetik ezen új feltételeket, mivel a járdát a vélhetően probléma nélkül állami intézménynek tekinthető Postaszolgálat építette és birtokolta. A Postaszolgálatnak monopóliumközeli hatalma van, közpénzből kap forrásokat, és az állam a hatalom számos formáját ruházta rá. Technikailag inkább működik állami vállalatként, mint kormányhivatalként, de vezető testületének tagjait az Elnök nevezi ki. O'Connor bíró nem vitatta a Postaszolgálat állami státusát; ehelyett teljesen más stratégiát választott. Úgy döntött, hogy szétdarabolja az államot. Mintha csak a Reagan-évek privatizációs retorikája ragadta volna magával, O'Connor úgy érvelt, hogy a politikai aktivisták eltávolításával az állam csak „tulajdonosi minőségében" cselekedett, csak úgy, mintha egy magáncég vagy egy magántulajdonos tette volna azt. O'Connor szerint a Postaszolgálat azért igyekezett szabaddá tenni a járdát, hogy így biztosítsa a szabad bejárást az épületbe, ahol különféle szolgáltatásokat és árucikkeket ajánlott ügyfeleinek.

O'Connor elemzésében alapvető fontosságú az a különbségtétel, amelyet az állam egyes lehetséges cselekvési módjai között tett. E módszer igazolásaként idézte a *Lehman v. Shaker Hights* ítéletét[38] az 1970-es évek elejéről, melyben a testület Blackmun bíró által megfogalmazott véleményében helyben hagyta egy önkormányzat azon intézkedését, mellyel megtagadták, hogy a helyi buszokon politikai

[36] Lásd: *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza,* 391 U.S. 308 (1968).

[37] Lásd: *Hudgens v. NLRB,* 424 U.S. 507 (1976); *Lloyd v. Tanner,* 407 U.S. 551 (1972). Lásd általában *Moose Lodge No. 107 v. Irvis,* 407 U.S. 163 (1972) – fenntartja, hogy a faji diszkriminációt megvalósító magánklub működési engedélye *(liquor license)* nem áll összhangban a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésben foglalt állami kötelezettségekkel.

[38] 418 U.S. 298 (1974).

hirdetések elhelyezése céljából felületet lehessen vásárolni. A *Lehman*ban a bíróság úgy találta, hogy a helyi kormányzat ekkor „kereskedői minőségében" cselekszik, és ilyen cselekvőként kevésbé szigorú szólásszabadság-mércének kell rá vonatkoznia. Kétségtelen, hogy találni a *Lehman*ban az állam szétdarabolásának elméletét támogató nyelvezetet, ám e megközelítés valódi forrása Rehnquist bíró, aki az elmúlt évben úgy érvelt, hogy „a kormány mint szuverén szerepe szigorúbb korlátozások alá esik, mint amikor mint munkaadó, ingatlantulajdonos vagy oktató cselekszik".[39]

Rehnquist eredetileg egy magányos különvéleményben javasolta ezt az elméletet. A *Kokindá*ban elmélete elnyerte a testület derékhadának támogatását, nem csupán ő maga és Scalia volt e véleményen, de White és O'Connor bírók is támogatták azt. Majd mindössze két évvel a *Kokinda* után, közvetlenül Brennan és Marshall bírók nyugdíjba vonulását követően az állam „szétdarabolásának" elmélete lett a többségi doktrína a testületben. Ez egy olyan esethez köthető, mely New York körzetének három nagy repülőterét is érintette.[40] A Brennant felváltó David Souter teljesen elutasította ezt a doktrínát, ragaszkodva ahhoz, hogy a Legfelső Bíróságnak „minden állami tulajdonban lévő területet nyilvános fórumnak kell tekintenie, ha az fizikai természetét tekintve »megfelel eszmecsere céljára«; ahol az eszmék kifejezése »kompatibilis« azzal a használattal, melynek céljából az illető közterületet létrehozták."[41] A Marshallt felváltó Clarence Thomas bíró azonban csatlakozott a *Kokinda* többségét alkotó négy bíróhoz, és így a többség öt fővel támogatta, hogy a szétdarabolási elmélet segítségével tartsák fenn az adománygyűjtésre vonatkozó tiltást a három repülőtéren.

A kérdéses repülőtereket a Kikötői Hatóság *(Port Authority)* nevű kormányzati szervezet birtokolta és üzemeltette. Ahogy Rehnquist bíró, a testület többségi véleményének szerzője írta: „A repülőterek általában hozzáférhetők a közönség számára és területükön különféle kereskedelmi célú létesítmények találhatók, mint éttermek, büfék, bárok, újságosok és különféle boltok."[42] Egy másik, párhuzamos véleményben O'Connor bíró hozzátette: „Véleményem szerint a Kikötői Hatóság bevásárlóközpontot és repülőteret egyaránt működtet."[43] Mindazonáltal csatlakozott a többi négy bíró, Rehnquist, White, Scalia és Thomas csoportjához, így többséget alkotva megtagadták, hogy legmagasabb szintű felülvizsgálatra utalják a Ki-

[39] *Board of Educ. v. Pico,* 457 U.S. 853, 920 (1982) – Rehnquist bíró, különvélemény. Lásd *FCC v. League of Women Voters,* 468 U.S. 364, 405 (1984) – Rehnquist bíró, különvélemény; *First Nat'l Bank v. Bellotti,* 435 U.S. 765, 823–25 (1978) – Rehnquist bíró, különvélemény. Lásd még *Regan v. Taxation with Representatation,* 461 U.S. 540, 544 (1983); *Rust v. Sullivan,* 500 U.S. 173 (1991).

[40] *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee,* 122 S. Ct. 2701 (1992).

[41] Uo. 2724.

[42] Uo. 2704.

[43] Uo. 2713.

kötői Hatóság adománygyűjtést tiltó intézkedését. Magyarázatként Rehnquist így fogalmazott: „Amikor az állam belső működését igazgatva tulajdonosként, és nem pedig szabályozói vagy engedélyező hatalmával élve, törvényhozóként cselekszik, akkor ebbéli tevékenysége nem részesül olyan alapos figyelemben, mint ami törvényhozói minőségében hárul rá.[44]

E javaslat támogatásaként Rehnquist a *Kokinda* többségi véleményéből idézett (hogy így teljes legyen a kör). De nem kínált fel – sem ebben az esetben, sem máskor – elvi alapokra helyezett védekezést az állam szétdarabolását javasló elmélete érdekében. Még csak megközelítőleg sem. Természetesen az állam sokféle módon működik, azonban ez nem jelenti azt, hogy kevésbé lenne állam, amikor egy bizonyos szerepben tevékenykedik és nem egy másikban. Még akkor is, ha az állam a munkaadó, a birtokos, az oktató álruhájában cselekszik, ebben a minőségében is a közösség eszköze marad, és éppen emiatt élvez különleges előjogokat és felelős bizonyos kötelezettségek elvégzéséért, beleértve azokat, amelyek az alkotmányból háramlanak rá.

Rehnquist és O'Connor bizonyos mértékig elfogadta ezt az álláspontot, de csak egy minimális engedmény erejéig – nevezetesen annak elismeréséig, hogy amint azt O'Connor mondta a *Kokindá*ban: „a kormány, még akkor is, amikor tulajdonosi minőségében cselekszik, nem teljesen mentes az Első Alkotmánykiegészítés által rá rótt megkötésektől.'"[45] Az állam cselekvésének kell hogy legyen indoka, méghozzá jó indoka kell hogy legyen, azaz nem olyasmi, ami illegitim vagy az állam számára tilos. Természetes módon merül fel a kérdés, hogy mik lennének e tilos körülmények. Válaszképp O'Connor úgy fogalmazott, hogy a törvény nem lehet mindössze „valamely vélemény elnyomására irányuló erőfeszítés, csupán azért, mert egyes közhivatal-viselők ellenzik a beszélő álláspontját".[46]

---

[44] A testület többségét alkotó öt bíró ugyanezt a felpuhult vizsgálati normát alkalmazta a Kikötői Hatóságnak a röplapozást tiltó rendelkezése kapcsán, de közülük csak négyen – Rehnquist, White, Scalia és Thomas – találták ezt kielégítőnek. O'Connor szembehelyezkedett társai véleményével. Míg az adománygyűjtést tiltó rendelkezés mércéjéül állított puha normát kielégítőnek találta, úgy döntött, hogy a repülőtereken való röplapozást tiltó párhuzamos rendelkezés „fenntartása nem indokolható ebben az esetben." 112 S. Ct. 2713. O'Connor bíró elfogadta a szeméttel kapcsolatos indokot a Schneiderben, de azt csak a szabályozás egy lehetséges magyarázataként jellemezte. (Uo. 271.) Ismételten hangsúlyozta: „Jelen esetben a Kikötői Hatóság nem mutatott fel a szórólapozás tiltására szolgáló független indokot, és a jegyzőkönyv nem tartalmaz olyan információt, melyből levezethető lenne a tiltás." (Uo.) Rehnquist és a másik három bíró ezt a magyarázatot nem találta kielégítőnek; Rehnquist a zsúfoltságról és a késésről beszélt, és lényegében azt sugallta a Kikötői Hatóságnak, hogy térjen vissza a bíróságra egy gazdagabbb példagyűjteménnyel, mellyel igazolható a tiltás fenntartása. *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee,* 122 S. Ct. 2709, 2710.

[45] *United States v. Kokinda,* 497 U.S. 720, 725 (1990).

[46] Uo. 730. – idézi *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators Ass'n,* 460 U.S. 37, 46 (1983).

Ez az engedmény tükrözi a kategorizáló megközelítés azon eseteiben alkalmazandó speciális szabályokat, amikor az állam a szólás tartalmát szabályozza; ezzel együtt a *Kokinda* többségi véleménye aggasztó marad. Elismerem, hogy a Postaszolgálatra olyan korlátozó szabályok vonatkoznak, amelyek egy tisztán magánvállalkozásra nem alkalmazhatók, ám e korlátozás lényegesen kisebb, mint amit Milwaukee-ban a *Schneider*ben vagy akár Los Angelesben a *Vincent*ben érvényesítettek. Ebben az esetben az államnak nem kényszerítő vagy lényeges okot kell találnia a cselekvéséhez, csak egy jó okot. A mércék e különbsége szakít a precedens érvényesülésével, és minthogy az állam majdnem mindig talál majd valamilyen elfogadható indokot cselekvéséhez, a *Kokinda* felpuhított normája megfosztja az Első Alkotmánykiegészítést kényszerítő erejének javától.[47] Az állam nem hivatkozhat egyszerűen arra cselekvése indokolásaként, hogy az illető elképzeléssel nem ért egyet, ám emellett még rengeteg eszköz áll rendelkezésére ahhoz, hogy egy tiltást megindokoljon.

Ebből a szemszögből nézve a *Kokinda* a *Schneider*nek egy különösen pusztító, még a *Vincent*nél is pusztítóbb újragondolását valósítja meg. Az eset kiáll azon javaslat mellett, hogy amikor az állam csendet követel a tulajdonában álló területen – és így tulajdonosi mivoltában cselekszik –, e cselekedete ne legyen tárgya sem az arányos kiegyenlítés tesztjének, sem más speciális vizsgálatnak. Teljesen tisztában lévén azzal, amit csinált, O'Connor bíró megígérte, hogy az állam cselekedeteit még akkor is speciális vizsgálat elé fogja állítani, amikor az „tulajdonosi minőségében" cselekszik, ha *a)* az állami tulajdon „hagyományosan" nyitva állt a közönség előtt, hogy ott önkifejező tevékenységet folytassanak vagy *b)* az állami tulajdont „kimondottan szólás jellegű cselekményekre szánták".[48]

E két kivétel egyike sem vonatkozott magára a *Kokindá*ra. A kormány a múltban engedélyezte az adománygyűjtést a járdán, de egy évtizeddel korábban ezen intézkedését megváltoztatta; még az előtt, hogy az eset alapját képező konfliktus kitört volna. Ennek megfelelően O'Connor azt a következtetést vonta le, hogy a járdát nem kimondottan szóláscselekvés céljára szánták, és így a második kivétel

---

[47] A Kikötői Hatóság esete ezen általánosítás alóli kivételnek tűnik, minthogy O'Connor bíró, a *Kokinda* puha mércéjének alkalmazásával végülis alkotmányellenesnek találta a repülőtéri szórólapozás tiltását. Lásd fenn: 44. lj. Minthogy a többi bíró nem támogatta döntését, nem világos, hogy ez a helyzet a Kikötői Hatóság stratégiai hibájának köszönhető – annak a hibának, hogy nem szolgáltattak egy jó indokot sem a tiltásra, és nem szolgáltak megfelelő mennyiségű, a tiltást alátámasztó kokrét példával, esettel sem – vagy pedig annak, hogy O'Connor bíró esetleg egy új vizsgálati szintet hozott létre – nevezhető talán félkeménynek, mely valahol a puha és a közepes felülvizsgálati norma között helyezkedik el. Talán utólag meggondolta magát a *Kokindá*val kapcsolatban, és így akarta megmutatni, hogy jóllehet a szórólapozás tiltásához nem kell sem kényszerítő, sem lényeges indok, mégis, az indoknak súlyosabbnak kell lennie az „elfogadhatónál".

[48] *Kokinda,* 497 U.S. 726.

nem vonatkozik az esetre. Sőt mi több, jóllehet a múltban a járda nyitva állt a közönség előtt, hogy ott önkifejező cselekvéseket végezzenek, de ez nem volt mindig így. Ez utóbbi tény alapján O'Connor úgy döntött, hogy a tradicionális tevékenységekre vonatkozó első kivétel sem érvényesül ezen esetben. O'Connor a „hagyományosan" kifejezést sajátos módon értette; olvasatában itt azt jelentette, hogy „mindig".

A *Kokinda*-döntésbe foglalt két korlátozás, olybá tűnik, a precedensnek vagy annak a kitüntetett helynek szóló engedmény, melyet az utcasarok (ezúttal szó szerinti értelemben) az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos ítélkezési gyakorlatban elfoglalt a *Schneider*-döntés, és egy másik Roberts-féle vélemény, a *Hague v. CIO* ügy[49] óta. Ugyanakkor nehéz úgy tekinteni e kivételekre, mint amelyeket az alkotmány helyes értelmezése indokol. Miért kellene az Első Alkotmánykiegészítés szigorúságának meghajolnia a közösség hagyományai vagy az állam korábbi döntései előtt azzal kapcsolatban, hogy mit tekint a szabad szólás számára megfelelő helyszínnek? E kivételek afelé terelik az alkotmányt, hogy vagy kodifikálja a tradíciót, vagy pedig hogy az állam korábbi elkötelezettségeihez alkalmazkodjon, ám én éppen ellenkezőképpen képzelem az alkotmányt: az állam előjogainak korlátjaként, és a közösségi tradíciók kritikai vizsgálatának alapjaként.

Függetlenül e kérdés elméleti hozadékaitól, kérdésesek a *Kokinda* e két kivételének gyakorlati következményei is. E kivételek révén talán nyitott marad a régi, jól ismert utcasarok, ám az új típusú nyilvános helyeket, például egy kormányzati épületegyüttest vagy egy repülőteret azok nem védik, és így megnehezítik a politikai aktivisták dolgát abbéli erőfeszítésükben, hogy elérjék a közvéleményt. Manapság egyre kevesebb járókelő sétál a régi, ismerős utcasarkon, a város utcái elnéptelenednek. Nyilvánvaló, hogy a közvélemény jelentős része a belvárosi plázákban vagy a kertvárosi bevásárlóközpontokban fellelhető, különösen szombat délelőttönként. Ám minthogy a közélet e helyszínei magántulajdonban vannak, sokkal inkább, mint a Postaszolgálat járdája vagy mint a Kikötői Hatóság repülőtere, a *Kokinda*-eset vezérlő logikája az Első Alkotmánykiegészítés hatáskörén messze kívül helyezi e helyszíneket. Mi marad akkor a szabad szólásnak?

---

[49] 307 U.S. 496 (1939).

IV.

Az olyan esetekben, mint a *Vincent* és a *Kokinda*, a Legfelső Bíróság visszavonult a *Schneider* és a polgárjogi küzdelmek korszaka idején kialakított, az utcasarkot a szabad szólás számára biztosító pozíciójából. Afféle kárpótlásként megerősítette elkötelezettségét a tartalomszabályozással szemben. Míg a *Vincent*ben a testületi többség csak azt követelte meg az államtól, hogy „jelentős" érdeket vonultasson fel a korlátozás mellett, és ezt a feltételt elég könnyen teljesíthetőnek ítélte, mindazonáltal leszögezte, hogy a tartalom alapján történő szabályozásnak csak „kényszerítő" érvényű állami érdek lehet az alapja. A tartalmon alapuló szabályozással kapcsolatban hasonló álláspontot fejtett ki O'Connor bíró véleményében a *Kokindá*ban: az állam sosem hivatkozhat cselekedetinek védelmében tartalmi okokra vagy arra, hogy elutasítja a beszélő nézeteit, még akkor sem, ha „tulajdonosi minőségében" cselekszik.

El kell ismerni, hogy a tartalmon alapuló szabályozás elleni kiállás hozott néhány figyelemreméltó győzelmet a szólásszabadságnak a Rehnquist-testület időszakában. Nyilvánvaló, hogy nem korlátozzák a tartalomszabályozást tiltó szabályok az államot akkor, amikor az elosztási szerepben tevékenykedik – például amikor támogatásokat ítél meg[50] –, de amikor szabályozási feladatokat végez, akkor nem megengedettek számára tartalmi alapú eljárások. Az ilyen ügyek talán legjobb példái a zászlóégetési esetek.[51] Ezen felül a bíráskodás által gyakorolt cenzúra is korlátok között maradt, amikor a hagyományos tartalomszabályozási kategóriákhoz kötődő esetek, mint az obszcenitás, a rágalmazás vagy a felforgatásra történő uszítás kerültek terítékre.[52]

Felmerül a kérdés, hogy a tartalomra irányuló szabályozás elleni kiállás vajon manapság éppen olyan szilárd-e, mint volt a múltban, tekintve, hogy az elmúlt évek nagy szólásszabadság-győzelmeiben kulcsszerepet játszó Brennan, Marshall

---

[50] Lásd az 5. fejezetet.

[51] *United States v. Eichman,* 496 U.S. 310 (1990); *Texas v. Johnson,* 491 U.S. 397 (1989).

[52] Lásd Kalven: *A Worthy Tradition* (14. lj.), 3–298. – a Warren-testület tartalomszabályozással kapcsolatos örökségének összefoglalása és méltatása.

és Blackmun bírák nyugállományba vonultak. A tartalomra irányuló szabályozás tiltásának elégségessége egy ennél is fontosabb kérdés; és bármennyire szilárd vagy szükséges is a tartalomra irányuló szabályozást kizáró előírás, álláspontom az, hogy önmagában nem elegendő. A hozzáférés-korlátozás elleni védelem éppoly alapvető eleme a szabad szólás rendszerének, mint a tartalomra irányuló szabályozással szembeni védelem.

A Legfelső Bíróság számos alkalommal kinyilvánította, hogy nincs olyan, hogy téves gondolat.[53] E kinyilatkoztatásban rejlő érzület a tartalmon alapuló szabályozást tiltó szabály alapja, és az nagyrészt ettől olyan vonzó. A közügyek megvitatásából nem lehet semmilyen véleményt kizárni. A hozzáférés korlátozásai nem címkéznek gondolatokat tévesnek, és ily módon elkerülik e tiltó szabályt, ám mindazonáltal meghatározó hatást gyakorolnak a közéleti kérdések megvitatásának természetére. Az efféle szabályozás a beszéd lehetőségét korlátozza, és minthogy a társadalom különböző csoportjai nem rendelkeznek egyforma beszédlehetőségekkel, egy lehetőség – az utcasarok – korlátozása előnyhöz juttathat egy csoportot egy másikkal szemben.

A beszélők különböző kedvezményezése mellett a hozzáférés-szabályozás oly módon is hat a közéleti kérdések megvitatásának természetére, hogy meghatározza, mit hallhat vagy láthat a közvélemény. A legelszántabb polgár természetesen aktív módon utánajárhat véleményeknek, alaposan megismerheti azokat, függetlenül attól, hogy hol és hogyan hozták őket nyilvánosságra. Ugyanakkor butaság lenne az eszmék után szaladgáló állampolgár példáját társadalmunk vagy bármely működő modern demokrácia meghatározó viselkedési normájának tekinteni. A demokratikus értékek tisztelete megkívánja, hogy minden vélemény könnyen hozzáférhető legyen, ilyen hozzáférés híján a közvélemény nem valószínű, hogy tisztában lehet az előtte álló választási lehetőségekkel vagy azzal, hogy milyen ára van annak a berendezkedésnek, amelyben jelenleg él.

Ha választani kellene a szabad szólás e két szabálya közül – az egyik a hozzáférést, míg a másik a tartalmat szabályozza –, nem látom tisztán, hogy mi alapján választanánk, és melyik volna a fontosabb. A hagyományos bölcsesség azt mondatná velünk, hogy a tartalmon alapuló szabályozás tiltása fontosabb. Ugyanakkor kérdéses, hogy a demokrácia értékei szempontjából tényleg előrébb jutunk-e, ha határozott és drasztikus szabályok védelmezik a zászlóégetést vagy az olyan paródiákat, mint amilyen a *Hustler*-esetben[54] szerepelt, miszerint egy lelkész bevallja, hogy részegen szexuális kapcsolatba került az anyjával egy sufniban; míg azt megengedjük, hogy az állam korlátozza az olyan jellegű politikai megnyilat-

[53] Lásd például *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974).

[54] *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell,* 485 U.S. 46 (1988).

kozásokat, mint amelyek a *Vincent*ben vagy a *Kokindá*ban megjelentek. Nem lehetséges, hogy egy lépést léptünk előre és kettőt hátra?

Míg e két szabály jelentőségének összehasonlítása komoly dilemma lehet a demokráciaelmélet számára, szerencsére nem terheli a Legfelső Bíróságot. Semmilyen módon nem összeegyeztethetetlen, sem logikailag, sem pedig másképp bő kézzel mérni a védelmet a tartalomszabályozással, és egyúttal a hozzáférés-korlátozással szemben is, mely utóbbi korlátozás csökkenti a közvélemény hozzáférési lehetőségét a fontos közügyekkel kapcsolatos kérdésekhez. Igazából a polgárjogi küzdelmek korszakának példája megmutatja, illetve a történelem arra tanít, hogy mindkét fajta védelem lehetséges e korlátozásokkal szemben, és ezek ugyanarra az értékre: a közéleti viták gazdagsága iránti elkötelezettségre vezethetők vissza.

A *Vincent*ben és a *Kokindá*ban láthattuk ezen elkötelezettség gyengülését – nem, a helyes kifejezés inkább az árulás. A jelenlegi Legfelső Bíróság az erőteljes közéleti viták iránti teljes elkötelezettségről beszél, és számtalanszor említi a *New York Times v. Sullivan* ezirányú formuláját, azonban, amint az megmutatkozott a médiával kapcsolatos esetekben is, a testület képtelen működő valósággá alakítani e szavakat. A Legfelső Bíróság elfogadja, ha a rendőr tenyere elhallgattatja az utcasarki szónokot, jóllehet nem tud megnevezni semmilyen sürgős indokot az utcasarkot kiürítő döntése alátámasztására. A jelenlegi Legfelső Bíróság nem követel meg kényszerítő érdeket – olykor még valóságos érdeket sem – a beszéd elhallgattatásának indokolásához. A Legfelső Bíróság felvizezte a felülvizsgálati normákat, és így súlyosan aláásta azokat az értékeket, amelyek, mint ahogy Roberts bíró méltatta őket, „a szabad emberek által végzett szabad kormányzás fundamentumai".

4.

Szabadság és feminizmus

Prológus

Az 1980-as évek közepén, ahogy végéhez közeledtek a Kalven-kötettel kapcsolatos tennivalóim, egy Első Alkotmánykiegészítés-kurzust indítottam az egyetemen. Alapozva arra a szemináriumra, melyet Alvin Klevorickkel tartottam a gazdasági és a politikai hatalom kapcsolatáról, olyan témákat tekintettem át, mint a kampányfinanszírozás, az elektronikus média, vagy a politikai aktivisták kísérlete magántulajdonban lévő területek, például bevásárlóközpontok használatára a közvéleményt megszólítandó. A Szabad szólás és társadalmi struktúra, *kezdeti erőfeszítésem az e kurzusban szereplő számos szerteágazó terület összefoglalására, természetesen e kérdésekkel foglalkozott (lásd az 1. fejezetet).*

Az 1980-as évek végén és a korai 1990-es években ezen a kurzuson számos diákomat kezdte foglalkoztatni, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos elméletem alkalmazható-e olyan esetekre, ahol az egyenlőtlenségnek nem gazdasági, hanem társadalmi alapja van. A jogtudományon végigsöprő radikális feminizmus elképzelései által inspirálva közülük sokan úgy vélekedtek, hogy az államnak esetleg lehet szerepe abban, hogy megfékezzen egy olyan társadalmi intézményt – a pornográfiát –, amelyről azt tartották, hogy a nemek közötti egyenlőtlenség fontos forrása. Az én személyes rokonszenvem mélyen megosztott volt – kedvenc diákjaim között tartom számon Catharine MacKinnont, aki a pornográfia elleni kampányt kezdeményezte, éppúgy, mint Frank Easterbrookot, aki megállította azt –, és a következő esszé a feminizmus által keltett alkotmányos vitát kívánja megértetni. Az esszét először Rómában adtam elő 1991-ben egy konferencián, és később a Georgetown Law Journal *1992. augusztusi számában publikáltam.*

A feminizmus önmaga nem jogi kategória, ám az 1970-es évek elején egyes amerikai jogászok igencsak kezdtek érdeklődni iránta. E mozgalom résztvevői egyszerre tekintettek a jogra mint megreformálandó dologra, és mint a reform eszközére. Először az volt a fő cél, hogy a nők számára hozzáférhetővé tegyék a hagyományosan férfiak számára fenntartott pozíciókat, és hogy eltöröljék a nyilvánvaló különbségeket aközött, ahogy a férfiakkal, és ahogy a nőkkel bánt a társadalom. A mozgalom először a megkülönböztetést tiltó elvért szállt síkra, azt követelve, hogy a női és a férfi munkások ugyanazért a munkáért ugyanazt a bért kapják. A korai hetvenes évek az uniszex korszaka volt.

Két fontos változás történt az 1970-es évek végén, mindkettő nagyrészt Catharine MacKinnon nevéhez kötődik. Először is megváltozott az egyenlőség alapjául szolgáló elmélet: a megkülönböztetés elutasításából alávetettség-ellenesség lett. A hátrányos megkülönböztetés elutasításának elve feltételez egy helyzetet, melyben egy különálló döntéshozó szűkösen rendelkezésre álló lehetőséget oszt szét versengő egyének között. E döntés azt kívánja, hogy egy sor funkcionális alapon kiválasztott feltétel legyen a döntés alapja: érdemek, és nem a nemek különbsége. Ezzel ellentétben a MacKinnon által javasolt alávetettség-ellenes elv alapja a csoport volt. E megközelítés nem az egyének ellen elkövetett hátrányos megkülönböztetésekre figyelt, hanem bármely olyan társadalmi cselekvésre, mely nőket alávetettségbe taszít, és elítéli a nemek közötti hierarchiának nevezett jelenséget.

Bár az alávetettséget elutasító elv átfedésben van a hátrányos megkülönböztetés elvével, az előbbi nagyobb területre terjed ki, ugyanis megmutatja, hogy a nemek közötti különbségre alapított társadalmi hierarchia nem pusztán az egyén szintjén végbemenő, önkényes szelekciós folyamat eredménye. Számos, olykor egymástól igen távol eső társadalmi gyakorlat és norma felelős e hierarchiáért. Például a legtöbb társadalomban általában a nőktől várják el, hogy gondját viseljék a gyerekeknek, minek következtében a nők otthon maradnak, és így hátrányba kerülnek az oktatás területén és a munkaerőpiacon. Ez a társadalmi szokás nem vezethető vissza egy meghatározott döntéshozó hatalomra, és a megkülönböztetésellenes elv hatókörén kívül eshet, de az alávetettség-ellenes elvén nem; amelynek e szokás bírálata és az állami gyermekfelügyeleti és a szülői gyermekgondozási rendszerek elméleti alapjainak kidolgozása a feladata volt.

Másodszor, miközben az 1970-es évek végén az amerikai feminizmus alapkérdése a hátrányos megkülönböztetésellenességből az alávetettség-ellenesség lett, a jog egyre kitüntetettebb figyelemben kezdte részesíteni a szexualitást. Az 1970-es évek elején a feminista jogászok többnyire olyan közéleti ügyeket vizsgáltak, mint az egyetemi felvételi szabályok és az álláshoz jutás kérdései. Az évtized végére ugyanakkor kritikájukat egyre inkább a szexuális kapcsolatokra összpontosították. A fő probléma számukra a nők tárgyiasítása volt: a nők átváltoztatása férfihasználatra szánt szexuális tárgyakká. Jó és elégséges indok volt a tárgyiasítás fölötti aggodalomra önmagában, hogy az az alávetés egy formájaként értelmez-

hető, azonban az olyan feministák számára, mint MacKinnon, az efféle cselekvések nem korlátozódtak a magánszférára, hanem nyilvánosság-kérdésként is fontosak voltak. A tárgyiasítás, ahogy a hipotézis szólt, olyan társadalmi gyakorlatok és értékek létrehozatalára és fenntartására indítja a férfiakat, melyek kizárják a nőket a nyilvános közéletből, vagy alárendelt helyzetben tartják őket az oktatás és a munkaerőpiac területén.

A tárgyiasítással mint az egyenlőtlenség egy formájával és egyben okával kapcsolatos növekvő aggodalom még a legközönségesebb heteroszexuális kapcsolatra is a gyanú árnyékát vetette, de a MacKinnonhöz hasonló reformfeministák egy szűkebben meghatározott területre koncentráltak. MacKinnon célpontjai a munkahelyi szexuális zaklatás, a prostitúció, a nemi erőszak és a pornográfia voltak. E kérdések közül a pornográfia váltotta ki a legnagyobb vitát. Az általa és Andrea Dworkin[1] által kezdeményezett pornográfiaellenes kampány megosztotta a feminista mozgalmat, és sok szövetségesüket is megriasztotta.[2] A kampányt egyesek elvesztegetett erőfeszítésnek tartották, mások azon az alapon ellenezték, hogy a szexualitás új ortodoxiáját hozza létre, és megint csak mások – talán a többség – azért kifogásolták, mert ellentétesnek gondolták a szólásszabadsággal. 1985-ben egy szövetségi fellebbviteli bíróság a MacKinnon és Dworkin által szövegezett és Indianapolisban (Indiana államban) egy évvel korábban bevezetett általános pornográfiaellenes rendeletet alkotmányellenesnek ítélte.[3]

Az amerikai történelemben mindig is mindennaposak voltak a pornográfiaellenes kampányok. Ezek többsége konzervatív ideológián és vallásos érzületen alapult. Az indianapolisi rendelet abban különbözött e korábbi intézkedésektől, hogy annak kiindulópontja a feminista mozgalmat meghatározó egalitariánus eszme volt. Nem a szexuális tartalmak morálisan sértő jellegét hangsúlyozta e szabályozás, hanem azt, hogy a nők alávetettségének erotikus módon való megjelenítése milyen más jelenségekkel kapcsolódik össze, hogy e tartalmak milyen szexuális

---

[1] Lásd általában Andrea Dworkin – Catharine A. MacKinnon: *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality.* Organizing Against Pornography, 1988.; Catharine A. MacKinnon: *Only Words.* Harvard University Press, 1993.; Catharine A. MacKinnon: *Toward a Feminist Theory of the State.* Harvard University Press, 1989. [a továbbiakban: MacKinnon: Feminist Theory]; Catharine A. MacKinnon: Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech. In: Catharine MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law.* Harvard University Press, 1987.

[2] Lásd például Alice Echols: The Taming of the Id: Feminist Sexual Politics, 1968–83. In: Carole S. Vance (szerk.): *Pleasure and Danger: exploring female sexuality.* Routledge & K. Paul, 1984. 50.; Ellen Willis: Feminism, Moralism, and Pornography. In: Ann Barr Snitow – Christine Stansell – Sharon Thompson: *Powers of Desire: The Politics of Sexuality.* Monthly Review Press, 1983. 460. Lásd még Nan D. Hunter – Sylvia A. Law: Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce et al. American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 69 (1987).

[3] *American Booksellers Ass'n v. Hudnut,* 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), megerősíti per curiam, 475, U.S. 1001 (1986).

támadásokat eredményeznek, és végül hogy milyen kényszerítő folyamatokkal jár e tartalmak előállítása és terjesztése. Dworkin és MacKinnon emberi jogi intézkedésként terjesztették elő ezt az indianapolisi rendeletet.

Mint emberi jogi intézkedés, az indianapolisi rendelet a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésre, illetve annak az egyenlőséget szavatoló rendelkezésére hivatkozik. A rendelet az egyenlőséget elősegíteni kívánó eszköznek tekinthető, és mint ilyen, alkotmányos célokat szolgál. Egyesek védelmükbe vették az indianapolisi rendeletet és más hasonló intézkedéseket pontosan ugyanezen indokolás alapján,[4] azonban ez az indokolás nem tűnt teljesen kielégítőnek. Nem tűnt úgy, hogy a javaslat fel tudta volna oldani a szokásos konfliktust a szabadság és az egyenlőség között, és nem volt egyértelmű, hogy melyik érték az erősebb ebben az esetben. Ha a rendelet elősegíti is az egyenlőséget, még sértheti az Első Alkotmánykiegészítést. Mindamellett képesek lehetünk arra, hogy fel tudjuk oldani e vitát anélkül, hogy az alapvető elvek – az Első kontra a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés, szabadság kontra egyenlőség – ellentétével kelljen foglalkozni, ha ehelyett egyszerűen egy másik kérdésre összpontosítunk: sértette-e valójában az indianapolisi rendelet a szólásszabadságot.

E kérdés megválaszolása során fontos, hogy ne ismételjük meg a fellebbviteli bíróság ítéletét megszövegező Easterbrook bíró eljárását. Ő a rendeletet egy egységet alkotó egészként kezelte, és utasította el a bíróság nevében. Valójában a rendelet körültekintő módon négy különböző törvénysértést állapít meg, és ezek mind-

---

[4] Lásd például MacKinnon: *Only Words*. Harvard University Press, 1993. 91–97.

[5] A 16–15 szakasz törvénybe ütközőnek minősíti a § 16–3(g) alatt felsorolt diszkriminatív gyakorlatokat, beleértve a alábbi, pornográfiával kapcsolatos jogsértéseket:

(4) Pornográfia terjesztése. Pornográfia előállítása, forgalmazása, közszemlére tétele, terjesztése. ...

(5) Pornográf cselekedetre való kényszerítés: Bármely személy – beleértve a férfiakat [vagy] transznemű személyeket – kényszerítése, megfélemlítéssel vagy megtévesztéssel történő rábízása pornográf cselekedet végrehajtására, mely sérelem efféle cselekvést tartalmazó bármilyen termék megjelenése vagy forgalmazása időpontjában valósul meg. ...

(6) Pornográfia rákényszerítése bármely személyre: Pornográfia rákényszerítése bármely nőre, férfira, gyermekre vagy transznemű személyre, munkavégzés bármely helyszínén, az oktatásban, otthon vagy nyilvános helyen.

(7) Pornográfia következtében megvalósuló támadás vagy fizikai erőszak: Meghatározott pornográf tartalom közvetlen hatásaként megvalósuló, bármely nőt, férfit, gyermeket, transznemű személyt érő támadás vagy fizikai erőszak vagy sérülés.

Indianapolis és Marion megye, Indiana állam, Városi és megyei rendelet No. 35 § 1, § 16–3 (1984. június 4.) (a továbbiakban: Indianapolis rendelete). A 16–26(d) paragrafus megengedi a az esélyegyenlőségi tanácsadó testületnek, hogy a cselekvést megszüntetendő felszólító határozatot hozzon minden olyan személlyel szemben, aki törvénytelen diszkriminatív cselekvést hajt végre, és hogy kártérítést állapítson meg azon személyek számára, akik a Törvénykönyv megszegése révén váltak diszkriminatív cselekvések áldozatává. A rendelet teljes szövege megtalálható: Dworkin – MacKinnon: *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality.* Organizing Against Pornography, 1988. 106.

egyikét külön kellett volna számba venni. Az egyik rendelkezés megtiltja, hogy bárki kényszer révén vegyen részt pornográf tartalmak előállításában; a második megtiltja, hogy bárki kényszer révén legyen pornográf tartalmak fogyasztója; a harmadik rendelkezik az olyan szexuális támadásokról, ahol az elkövetőt pornográf tartalom indította vagy motiválta a tett elkövetésére; a negyedik megtiltja a pornográf tartalmak terjesztését.[5] A jogérvényesítés módja mind a négy tényállás esetén azonos: nincsenek büntetőjogi szankciók, a jogkövetkezmény a kérdéses cselekvést megszüntető felszólítás és kártérítés kiszabása, melyet a közigazgatási szerv állapít meg, és amely lehet teljes bírósági felülvizsgálat tárgya. A rendelet egy erős, elhatárolásra vonatkozó rendelkezéssel[6] él, megállapítva, hogy a négy tényállás egyenként is, a másik három híján is megvalósulhat. A rendelet így önnön fogalmai szerint is elismeri, hogy a négy pont alá rendezett jogsértések eltérő Első Alkotmánykiegészítés-kérdéseket vetnek fel, könnyebbeket és nehezebbeket, és megítélésem szerint e különbségeket figyelembe kellett volna venni.

[6] Indianapolisi rendelet (5. lj.), § 8.

I.

A rendelet legkevésbé problémás rendelkezései azok, amelyek a pornográf cselekedetben való részvételre való kényszerítés és a pornográf mű kényszer következtében történő megtekintése ellen nyújtanak védelmet. Ezek azon a meggondoláson alapulnak, hogy előfordul, hogy nőket pornográfiában való részvételre kényszerítenek,[7] és hogy embereket arra kényszerítenek, hogy pornográfiát nézzenek. Az utóbbi, azt mondják, egy sor helyzetben megtörténik, kezdve a munkahelyi környezettől a meghitt otthonig.

E rendelkezések megítélését a korábbi fejezetekben már bemutatott eljárás segítségével kezdem, amely az Első Alkotmánykiegészítést a demokratikus önrendelkezés eszközének tartja. A szólásszabadság széles körű és szoros védelmet nyújt azoknak, akik beszélnek, írnak vagy másképp kommunikálnak a közvélemény felé, és e védelem nemcsak a szavaiknak szól, hanem az üzenetük előállításához és terjesztéséhez szükséges eszközöknek is. A szólás előállítására és terjesztésére szolgáló eszközök állami szabályozása közhelyszámba megy, de az Első Alkotmánykiegészítés megkívánja, hogy e szabályozások ne korlátozzák a közéleti vitákat, hacsak nem szolgálnak valamely kényszerítő érdekkel azt megindokolandó. Képzeljünk el például egy rendeletet, amely révén szigorúan központilag osztanák szét a politikai röpiratokhoz szükséges papírt,[8] vagy egy olyat, amely az utcai szórólapozást a szemetelés megelőzésére hivatkozva megtiltja.[9] Az ilyen intézkedések alkotmányellenesek lennének.

Nem fenyegetnek ugyanakkor hasonló veszélyekkel az indianapolisi rendelet „kényszerített részvétel" vagy „kierőszakolt nézés" tényállásait tiltó rendelkezései.

---

[7] E rendelkezés alapja Linda Marchiano élettörténete, aki Linda Lovelace néven játszotta a híres pornográf film, a *Mély torok* (Deep Throat) főszerepét. Linda Lovelace – Mike McGrady: *Ordeal.* Citadel Press, 1980. Lásd még MacKinnon: Linda's Life and Andrea's Work. In: *Feminism Unmodified* (1. lj.), 127–133.

[8] Vö.: *Grosjean v. American Press Co.,* 297 U.S. 233 (1936).

[9] Lásd: *Schneider v. State,* 308 U.S. 147, 162 (1939) – fenntartja, hogy a városi rendelet, amely az utca tisztán tartására hivatkozva megtiltja nyomtatványok osztogatását, sérti az Első Alkotmánykiegészítést. Újabb fejleményekkel kapcsolatban lásd jelen kötet 3. fejezetét: „Csend az utcasarkon".

Mint ahogy azt a példák mutatják, e rendelkezések a szólás előállítását és terjesztését korlátozzák, és e minőségükben hatnak a közbeszéd természetére, ám az állami hatalom alkalmazása mind a két esetben a „kényszerítés" és a „kierőszakoltság" körülményeire vonatkozik. E rendelkezések azt célozzák, hogy a pornográfiát ne kényszerített munka révén hozzák létre, és hogy a közönség, melynek bemutatják, önszántából nézze azt. A cselekvés megszüntetésére felszólító határozatok és a felelősséget megállapító szabályok elrettentő hatása következtében az olyan szólás, amely megszegi e szabályokat, nem lesz a nyilvánosság része. Ám ez nem sajnálnivaló veszteség, mint ahogy a szabad szólás azon veszteségein se bánkódunk, amelyek plagizálásnak vagy a szerzői jogok megsértésének tulajdoníthatók. A „kierőszakolt nézés" és „kényszer hatására történő cselekvés" rendelkezései a cselekvő és a közönség szabadságát kívánják védeni, és így nem rombolják, hanem éppen, hogy védelmezik az Első Alkotmánykiegészítés értékeit.

Természetesen a „kényszer" és az „erőszak" viselkedhetnek gumifogalmakként, ami manipulációra adhat lehetőséget. Azonban e fogalmak mindenhol felbukkannak a jogban, legyen szó precedensjogról vagy törvénybe foglalt jogról, és semmi okunk e kérdéses kontextusban azok tisztességtelen alkalmazását feltételezni. Ahogy az mindig igaz, e körülmények pontosításra[10] és korlátozásra szorul-

[10] A rendelet tett egy gesztust ezen irányba a „kényszerített cselekvés" körülményeinek tisztázásával:

(A) A következő tények vagy körülmények bizonyítása nem képezheti védekezés alapját:

I. A szóbanforgó személy nő; vagy

II. A személy prostituált vagy az volt; vagy

III. A személy nagykorú; vagy

IV. A személy vér szerinti rokona vagy házastársa bárkinek, aki részt vett a pornográf tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

V. A személynek volt, vagy vélhetőleg volt szexuális kapcsolata bárkivel, aki részt vett a pornográf tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

VI. A személy korábban egyedül vagy bárkivel szexuális tartalmú képeken szerepelt beleértve bárkit, aki részt vett a pornográf tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

VII. Bárki más, beleértve házastársat vagy más rokont, engedélyt adott a személy nevében; vagy

VIII. A személy beleegyezett abba, hogy a kérdéses cselekvést pornográfiává fogják alakítani; vagy

IX. A személy tudta, hogy a kérdéses cselekedetek és események pornográfia készítése céljából történtek; vagy

X. A személy nem tanúsított ellenállást vagy aktív közreműködést mutatott a fotózás során vagy a szexuális cselekmények során, melyből a pornográfia készült; vagy

XI. A személy aláírt egy szerződést vagy kifejezte beleegyezését a közreműködésre a pornográfia létrehozása céjából; vagy

XII. Semmilyen fizikai erőszak, fenyegetés vagy fegyver nem került alkalmazásra a pornográfia elkészítése során; vagy

XIII. A személy fizetésben vagy másmilyen kompenzációban részesült.

Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1, 16–3(g)(5).

nak, de Easterbrook bíró sosem adott esélyt a rendelet végrehajtásával megbízott állami intézményeknek, hogy szabályokat alakítsanak ki e korlátozáshoz. Teljes egészében érvénytelennek ítélte a rendeletet. E megelőző ítéletet Easterbrook bíró nem a „kényszer" vagy az „erőszak" fogalmak tágíthatóságával indokolta, hanem nyilvánvaló módon a szabályozás részrehajló jellegét kifogásolta: az irodalom vagy a művészet berkeiben a pornográfia vélhetőleg nem az egyetlen terület, ahol „kényszerített cselekvés" vagy „kierőszakolt megtekintés" fordul elő, mégis a törvényhozók kizárólag ezzel foglalkoztak.[11]

Kétségtelen, hogy a törvényhozás száműzhette volna a „kényszerített cselekvést" minden szexuálisan szókimondó tartalom létrehozásából vagy akár a művészet vagy irodalom mindenféle formájának létrehozásából, vagy megtilthatta volna bármely film vagy műalkotás „kierőszakolt megtekintését". Mégis, méltányolható oka volt úgy vélni, hogy e bűnök elég gyakoriak a tiltott típusú pornográfia létrehozása és terjesztése során ahhoz, hogy azonnal, és elkülönítve kezelje őket. Semmi önkényesség nincs ebben a részrehajlásban, és az az Első Alkotmánykiegészítés érdekében hat. A törvényhozásnak nem kell a szólás minden formáját megterhelnie akkor, ha csak meghatározott típusú szólásokhoz köthető károkat kíván orvosolni. Természetesen a törvényhozás szelektivitása révén a szókimondó szexualitást tartalmazó filmeket olyan szabályok fogják korlátozni, melyek nem kötik majd azokat a filmeket, amelyek kétségtelenül tartalmaznak ugyan „kényszerített cselekvést", például kínzást vagy erőszakot, de azt nem szexuális kontextusban teszik. Ez a fajta részrehajlás nem hasonlítható össze az olyan, más típusú részrehajlásokkal, amelyek az Első Alkotmánykiegészítéssel összefüggésben megengedhetetlenek lennének; például ha az állam egyes politikai jelölteket hátrányos helyzetbe hozna vagy egy másik elé helyezne. A választás esetében feltételezhetjük, hogy a szabályozásban történő részrehajlás indoka nem lehet más, mint az egyik jelölt előnyhöz juttatásának szándéka. Az indianapolisi rendelet esetében az állam a lehető legkisebb beavatkozással járó eljárás segítségével igyekszik védelmet nyújtani a kényszerítés ellen.

[11] *American Booksellers Ass'n v. Hudnut,* 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), megerősíti per curiam, 475, U.S. 1001 (1986).

II.

Hasonló megfontolások érvényesek – talán némileg kevesebb átütő erővel – a rendelet azon rendelkezéseivel kapcsolatban, amelyek olyan a pornográf tartalmakra vonatkoznak, amelyekről bizonyossá vált, hogy támadásokat vagy fizikai erőszakot idéztek elő. A rendelet ezen aspektusa valószínűleg olyan esetekben kerül elő, amelyekben egy bizarr szexuális bűncselekmény – például egy csoportos erőszak egy kocsmai biliárdasztalon – pontosan visszavezethető egy bizonyos cselekményre, melyet egy meghatározott pornográf tartalom ír le és erotizál. Mint a rendelet által megnevezett összes többi törvénysértés, ez a rendelkezés is tilalom, amely kikényszeríthető a cselekvés megszüntetésére felszólítással és kártérítés kiszabásával egyaránt. A panaszosnak ekkor bizonyítania kell, hogy támadás érte, és hogy azt közvetlenül egy pornográf mű okozta. E bizonyítási folyamat során a panaszosnak kártérítési követelést kell tennie. A felelősség megállapítását követően megszüntető felszólítás adható ki, de a kártérítés megállapítása és további követelések kilátása hatásosan térítené el a publikáció terjesztésétől annak kiadóját, és így a megszüntető felszólítás okafogyottá vagy csekély fontosságúvá válna.

Első látásra úgy tűnhet, hogy a rendelet e rendelkezése összhangban van az Első Alkotmánykiegészítéssel, azon meggondolásra alapozva, amely a támadást okozó kiadványokra erőszakra való uszításként tekint. Az Első Alkotmánykiegészítés doktrínája lehetővé teszi az állam számára, hogy a zavargás résztvevőit és a zavargásra uszító személyt egyaránt megbüntesse. Ez az elmélet ugyanakkor okoz némi fejfájást, mivel sosem lehetünk biztosak abban, hogy mely megnyilatkozások valósítanak meg uszítást. Tarthatunk attól, hogy ha valakit felelősségre vonunk bizonyíthatóan uszító beszédért, akkor ezzel másokat elriaszthatunk az olyan beszédtől, amely nem valósítana meg uszítást, és mint ilyet, nem szabadna elbátortalanítani. Az ilyen dermesztő hatás *(chilling effect)* veszélye – annak elriasztása, amit nem szabadna elriasztani – kézzel fogható, amikor a beszélőt büntetőeljárás fenyegeti, de akkor is, amikor felmerül annak kockázata, hogy beszéde miatt kártérítésre kötelezhetik. Megjegyzendő, hogy a rágalmazási ügyek területén elismerjük, hogy a jó hírnévben a hamis állítás révén előálló károkozást kompenzáló kártérítés dermesztőleg hathat a sajtóra, vagy elriaszthatja attól, hogy fontos és

helytálló beszámolókat, kommentárokat tegyen közzé.[12] Hasonlóképpen, jó okunk lehet attól tartani, hogy ha egy nemi erőszak vagy egy támadás áldozata kártérítésben részesül azon magazin vagy film kiadójától, amely a szexuális erőszakhoz vezetett, akkor ez vészesen dermesztőleg hatna mindenfajta publikáció vagy film létrehozására, melyek közül sok pedig alapvető lehet a fontos közéleti kérdések nyílt és szabad megvitatásához.

E dermesztő hatás kockázata nem lebecsülendő. Ugyanakkor más jogterületeken megtanultunk együtt élni vele, például a rágalmazási ügyekben elismerjük, hogy egymással szemben álló értékek összeütközése esetén a dermesztő hatás az ár, amelyet fizetnünk kell. Hasonló megközelítés lenne kívánatos jelen esetben is. A Legfelső Bíróság a rágalmazási törvények lehetséges dermesztő hatására nem azzal válaszolt, hogy az Első Alkotmánykiegészítést egy kivételt nem engedő általános tilalomnak tekintette az efféle törvényekkel szemben, hanem ennél körültekintőbben járt el. Először is kizárta a büntetőjogi következményeket közhivatalt betöltő személy ellen elkövetett rágalmazás esetében.[13] Másodszor, a Legfelső Bíróság a kártérítési kereseteket meghatározott feltételekhez kötötte, például azáltal, hogy a kereset benyújtójától annak bizonyítását követelte meg, hogy a beszélő tudta vagy tudnia kellett volna, hogy amit állít, az nem igaz.[14] Az Indianapolisi rendelet által megállapított felelősségre vonási rendszer hasonló szellemben igyekszik a lehető legnagyobb mértékben csökkenteni a dermesztő hatás kockázatát. Nincs büntetőjogi felelősség, csupán a kártérítés iránti kereset benyújtásának joga, és a kártérítést követelő személynek bizonyítania kell, hogy (1) az erőszak és a pornográfia között „közvetlen" oksági viszony áll fenn; (2) az erőszak egy meghatározott „specifikus" pornográf alkotáshoz köthető; és hogy (3) az alperes tudta vagy tudnia kellett volna, hogy a szóban forgó mű megfelel a pornográfia törvényi meghatározásában foglaltaknak.[15]

Nyilvánvaló, hogy az indianapolisi város tanács tehetett volna többet is a dermesztő hatás minimalizálásáért. Például a felperest terhelő bizonyítási kényszer szintjét a polgári jogi esetekben szokásos „valószínűsíthetően bizonyíthatóról" a nehezebben kimutatható, „egyértelmű és meggyőző" szintjére emelhette volna az erőszak és a pornográfia között fennálló közvetlen ok-okozati összefüggés bizonyításakor. Vagy megkövetelhette volna annak bizonyítását, hogy az alperes szándéka vagy akarata támadás előidézésére irányult, vagy hogy gondatlanul járt el, érdektelenséget mutatott aziránt, hogy magatartása alkalmas ilyen következmény előidé-

---

[12] Lásd *New York Times v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 279 (1964) – a kormány kritikusait megriasztaná a szabály, amely bármely hamis állítást rágalmazásnak minősítene.

[13] Uo. 273.

[14] Uo. 279–280.

[15] Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1 16–3(g)(7)–(8).

zésére. Az életbe léptetett rendelet megköveteli annak vizsgálatát, hogy a kártérítés céljából perelt fél az elkövetéskor tudott-e róla, hogy az illető mű a törvény szerint pornográfiának minősül, nem kívánja azonban az alperes szándéka vagy vágya és a szexuális erőszak közötti kapcsolat bizonyítását. Az uszítás analógiája sugallhat ugyan ilyen kapcsolatot, de az uszítás kontextusában e kapcsolat a büntetőjogban jelen lévő szándékosság követelményéből származik; polgári eljárásban nincs ilyen követelmény, és az Első Alkotmánykiegészítés sem kíván ilyet.

Annak megítélése, hogy szükség van-e ezekre a kiegészítő biztosítékokra, egy aprólékos elemzés eredményétől függ, melyben a szexuális erőszak megelőzésének kívánalmát a dermesztő hatás kockázatával állítjuk szembe. Amint a „kényszerítés" vagy „ráerőszakolás" kifejezések használatát korlátozó szabályok mutatják, az ilyen biztosítékokat a rendelet életbe lépését követően az egyes esetek kontextusában kellett volna kialakítani. Azonban ismét leszögezzük: Easterbrook bírónak nem volt türelme, hogy ezt kivárja: azzal, hogy a rendeletet annak hatálybalépése előtt megsemmisítette, megfosztotta a bíróságokat a rágalmazási esetekben eredményesen használt módszertől, miszerint ütköző elvek esetén további biztosítékokat kérnek az intézkedés érvényesítésének folyamata során. A rendelet felelősségre vonási rendszerét önmagában elvetette, felróva, hogy a rendelet alapjául szolgáló pornográfiadefiníció csak azon művek ellen tette lehetővé a fellépést, amelyek a nőkre egy meghatározott szemlélettel, nevezetesen a férfiak által használt szexuális tárgyakként tekintenek.[16] A rendelet a „nők szexuálisan nyílt alávetéseként" definiálta a pornográfiát,[17] és felelősségre vonási rendszere azokra az esetekre korlátozódott, amelyek megtestesítették vagy alátámasztották a fenti képet a nőkről. Easterbrook bíró ezt a nézőpontok közötti megengedhetetlen diszkriminációnak ítélte.[18]

Mint minden törvény, az indianapolisi rendelet is érvényre juttat egy bizonyos meggyőződést, mégpedig azt, hogy a nőket nem szabad alávetettségbe taszítani, illetve hogy nem szabad, hogy fizikai erőszak áldozatai legyenek. A rendelet felhívja a figyelmet az olyan filmekre és más munkákra, amelyek a nőket védő elgondolásokkal szembeni támadásokal kapcsolatos elszámoltathatóság elvével szemben testesítenek meg vagy fogalmaznak meg nézeteket. Csakúgy, mint a „kényszerített cselekvés" vagy a „ráerőszakolt megtekintés" rendelkezések esetében, az irodalom vagy a művészet egy meghatározott formája – amelyik nyíltan szexuális és alárendeli a nőket – szankciókra számíthat, míg más formák nem. Például a rendelet felelősségre vonási rendszere nem intézkedik olyan esetekkel kapcsolatban, amelyek más csoportok (pl. feketék vagy zsidók) tekintetében fizikai erőszakhoz vezetnek,

16 *American Booksellers Ass'n,* 771 F.2d 325.
17 Lásd 22. lj. – a pornográfia törvényi meghatározása.
18 *American Booksellers Ass'n,* 771 F.2d 325.

vagy az alávetettség más formáját népszerűsítik, függetlenül attól, hogy e munkák szexuálisan szókimondóak-e. Hasonlóképp nem vonatkozik a felelősségre vonási rendszer azon esetekre sem, amelyek olyan nyílt szexualitást tartalmazó alkotások következtében történnek, amelyek magasztalják a nők hatalmát, vagy a nőket egyenlőnek tekintik.

Ugyanakkor a felelősségre vonási rendszer e korlátai nem tűnnek végzetesnek számomra. A törvényhozók joggal feltételezhették, hogy a filmek vagy magazinok hatására elkövetett támadások sokkal nagyobb eséllyel érnek nőket, mint más csoportokat. Más hátrányos helyzetű csoportok a manapság eufemisztikusan „gyűlöletbeszédnek" nevezett jelenség elszenvedői lehetnek, de ők nincsenek olyan mértékű nyilvánosságnak kitéve, mint amit a pornóipar generál.[19] Sőt, az olyan szexuálisan szókimondó munkák kapcsán, amelyek a nőket egyenlőként mutatják meg, a törvényhozás nyilvánvalóan jogosan foglalt el olyan álláspontot, amely szerint az efféle munkák által kiváltott fizikai erőszak jóval ritkább, mint az olyan munkák esetében, amelyek a nőket alávetett módon ábrázolják, és amely szerint ez nem kíván szabályozást.

Ezek azok a döntések, amelyeket a jogalkotók nap mint nap meghoznak, és nehéz felfogni, hogy az Első Alkotmánykiegészítés ez esetben miért akadályozza meg őket abban, hogy ezúttal is hasonlóképp tegyenek. Az indianapolisi városi tanács létrehozhatott volna egy olyan felelősségre vonási rendszert, mely minden, film vagy magazin által kiváltott fizikai támadás esetére érvényes lett volna; ebben a vonatkozásban a rágalmazásért vagy erőszakra való uszításért megállapított felelősség analógiája erősebb lenne. Ám egy ilyen totális szabályozást megvalósító rendszer kívánalma nem szolgálná az Első Alkotmánykiegészítést, minthogy tekintélyes mértékben növelné a dermesztő hatást. Ebben a vonatkozásban a szabályozás részrehajló természete inkább támogatja az Első Alkotmánykiegészítést, mintsem hogy aláásná azt. A szabályozás a részrehajlás miatt némíthat valamenynyit a közéleti vitákon, mivel emelheti egy bizonyos típusú művészeti megnyilvánulás kockázatait. Azonban a demokratikus folyamatot csupán csekély mértékben torzítaná el, ha hátrányt szenvedne egy, csakis egy meghatározott művészeti forma, amely erőszakos cselekményeket elszenvedő áldozatokat eredményezhet, miközben maga a demokratikus folyamat csupán szűkre mért védelmet tud nyújtani a nőknek súlyos sérelmeikkel szemben.

Az Első Alkotmánykiegészítés másik ágában, amely a nyilvános fórumokat szabályozza, a Legfelső Bíróság kidolgozott egy olyan ítéletanyagot, mely elítéli a

---

[19] Lásd például DWORKIN–MACKINNON (i.m. 1. lj.) 15–16. és 24–30. – A szexizmus a hátrányos megkülönböztetés más formáinál elterjedtebb, mert a pornográfia a történelem során végig egyenlőtlen szerepeket határozott meg a nők számára. MACKINNON: Francis Biddle's Sister (i.m. 1. lj.), 163–97.; Dolf ZILLMAN – Jennings BRYANT (szerk.): *Pornography: Research, Advances and Policy Considerations.* New York, Academic, 1989.

vélemény alapján történő diszkriminációt, és amelyről vélhetjük, hogy támogatja Easterbrook bíró álláspontját.[20] Képzeljünk el egy utcasarkot, ahol két beszélő szónokol; az egyik egy háború mellett, a másik ellene. A szóban forgó döntések megfosztják az államot attól a hatalomtól, hogy diszkrimináljon vagy válasszon a beszélők közül – hogy letartóztassa az egyiket, míg a másikat békén hagyja. A vélemény alapján történő diszkrimináció elleni elv könnyen megérthető az említett képzelt esetben, ám az elv korlátozottan alkalmazható az indianapolisi város tanács által életbe léptetett felelősségre vonási rendszerre.

Először is megjegyzendő, hogy a véleménnyel szembeni diszkrimináció tiltása, mint minden diszkriminációellenes intézkedés, nem tiltja a megkülönböztetés minden formáját, csupán az indokolatlanokat. Az állam nem választhatja ki az utcasarki szónokok közül az egyiket azon az alapon, hogy bizonyos véleményeket szeret hallani, míg másokat nem. E döntés a közéleti vitát megengedhetetlen mértékben torzítaná. Ám azon az alapon letartóztathatja a beszélők egyikét, hogy az illető zavargásra uszít. Hasonlóképp, az indianapolisi rendelet által alkotott felelősségre vonási rendszer megkülönböztet két, szexuális alkotások által is kifejezésre juttatható véleményt – a nők mint egyenlők kontra a nők mint alávetettek – és a preferencia a kettő között azon alapulhat, hogy az egyik nagyobb valószínűséggel idéz elő fizikai erőszakot, mint a másik. Meggyőző bizonyíték sugallja, hogy a városi tanács tagjai ezen indokolás alapján korlátozták a felelősségre vonási rendszert úgy, ahogy azt tették,[21] ám szándékuk nem a korlátozás volt. Amikor a rendőr letartóztatja az utcai szónokok egyikét, tette megítéléséhez nem azt kell tudnunk, hogy milyen meggondolás alapján választott a két beszélő közül, hanem hogy létezik-e olyan független objektív alap, ami alapján választani lehet közülük.

---

[20] Lásd például *Police Dep't of Chicago v. Mosley,* 408 U.S. 92, 95;96 (1972) – érvényteleníti Chicago rendeletét, amely minden demonstrációt tiltott az iskolák közelében, kivéve a szakszervezet által szervezetteket, azon az alapon, hogy a városnak nem fűződött kényszerítő érdeke a munkával kapcsolatos demonstrációk előnyben részesítéséhez.

[21] Az indianapolisi városi tanács úgy fogalmazott:

„A pornográfia a nemi alapon történő diszkrimináció gyakorlata, amely tagadja a nők egyenlő lehetőségeit a társadalomban. A pornográfia központi szerepet játszik a nemi hovatartozás alapján történő diszkrimináció létrejöttében és fenntartásában.

A pornográfia kizsákmányolás és alávetés rendszerszerű gyakorlata, amely a nők különböző módokon történő bántalmazásával járó szex.

A vakbuzgóság és megvetés, amelyet gerjeszt és az agresszió, melyet táplál, aláássák a nők lehetőségeit a jogegyenlőséghez a munkavégzés, az oktatás, állami vagy önkormányzati lakáshoz való jutás, illetve annak használata, és az ingatlanhoz jutás területén; hasonlóképp, gerjesztik a szexuális erőszakot, a családon belüli erőszakot, gyerekmolesztálást, gyermekrablást és prostitúciót, és gyengítik a törvényi védelmet ezen cselekedetek ellen; továbbá jelentős mértékben hozzájárulnak ahhoz, hogy a nők állampolgári jogaikat és a közéleti részvételt ne gyakorolhassák teljes körűen, beleértve a helyi közösséget is."

Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1 16–1(a)(2).

Ebben az esetben a vizsgálat helyes tárgya az, hogy lehet-e választani a két beszélő közül azon az alapon, hogy az egyik szexuális erőszak előidézője lehet; egy olyan veszélyeztetésé, amelyet az állam legitim módon előzhet meg.

A nyilvános fórum esetei nem csupán megengedik az államnak, hogy válasszon különböző beszélők közül – feltéve, hogy a megkülönböztetés nem az előadott eszmék érdemein alapul – hanem tanúsítják is az Első Alkotmánykiegészítés azon általános elvét, mely megengedi a beszédet elhallgattató vagy elbátortalanító állami szabályok létét. Mint ezek az esetek jelzik, az Első Alkotmánykiegészítés nem a beszélő körüli áthatolhatatlan pajzsként teszi a dolgát, még a nyilvános fórumon beszélő esetében sem, hanem arra kényszeríti az államot, hogy viselje egy különösen sürgős és súlyos – kényszerítő – érdek megfogalmazásának terhét minden olyan szabályozás esetén, melynek a következménye dermesztő hatás lehet. A járókelők bosszankodása nem elegendő ok az igazoláshoz, de egy zavargás megelőzése igen. Az indianapolisi felelősségre vonási rendszernek lett volna a szabad szólást csendesítő következménye, azonban Indianapolisnak kényszerítő érdeke fűződik a szexuális támadások elrettentéséhez és az áldozatok kártérítésben részesítéséhez. Indianapolis hajlandó lett volna csak azokat az egyéneket felelőssé tenni, akik személyesen részt vettek a fizikai támadásban, ám jelentős előnyök – nyilvánvalóan kényszerítő előnyök – fűződnek ahhoz, hogy korábbra tekintsenek vissza az okozatossági láncban. A legfontosabb, hogy ha így tesznek, kevésbé lesz valószínű, hogy a támadás valaha megtörténik; dupla biztosítékként működik, és a kár megtérítésének kilátásai is valószerűbbek.

III.

Ezek után az indianapolisi rendelet terjesztéssel kapcsolatos intézkedését kell még megítélni, mely kérdést azért hagytam utoljára, mert ez az intézkedés jelenti a legnagyobb kihívást a szólásszabadság számára. Ellentétben a „fizikai támadásra" vonatkozó rendelkezéssel, ezen eljárás nem a közzétett publikáció következményeit veszi szemügyre, és a „kényszerített cselekvés" vagy a „kierőszakolt megtekintés" rendelkezésekkel szemben jelen esetben nemcsak azokra a kiadványokra vonatkozik, amelyek létrehozása és terjesztése kényszer révén történik, hanem a rendelkezés meg kívánja szüntetni az ilyen kiadványok bármiféle előállítását vagy terjesztését. A kiadvány létrehozása és terjesztése önmagában megvalósítja a törvénysértést, nem csupán az általa okozott következmények, vagy az előállítás vagy terjesztés során alkalmazott kényszer folytán, és ebből kifolyólag a rendelet ezen rendelkezése áll leginkább szemben az Első Alkotmánykiegészítéssel.

E szembenállást maga a rendelet is elismeri. A rendelet a pornográfiát általában úgy határozza meg, mint „nők durva, szexuálisan nyílt alávetése", és az ilyen tartalom hat különböző kategóriáját azonosítja.[22] Az olyan törvénysértések, mint a

---

[22] A teljes dokumentum ezt tartalmazza:

A pornográfia a nők nyílt és durva szexuális alávetését jelenti, legyen az kép vagy szó, mely egy vagy több elemet tartalmaz az alábbiak közül:

(1) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akik élvezik a fájdalmat és a megaláztatást; vagy

(2) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akiknek szexuális élvezethezben van részük, ha megerőszakolják őket; vagy

(3) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akiket megkötöznek, összevagdosnak, megcsonkítanak, megsebeznek, fizikailag bántalmaznak, feldarabolnak, szétvágnak vagy felaprítanak; **vagy**

(4) A nőket úgy ábrázolja, hogy tárgyak vagy állatok beléjük hatolnak; vagy

(5) A nőket a lealacsonyítás, megsebesítés, molesztálás, kínzás forgatókönyvei szerint ábrázolja, emellett szennyel borítva, alárendeltségben, vérezve, kék-zöldre verve, bántalmazva jelennek meg úgy, hogy e kontextusok a szexualitáshoz kapcsolódnak; vagy

(6) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja uralkodás, meghódítás, erőszak, kizsákmányolás, birtoklás vagy használat céljából, vagy szolgaságot, alávetettséget vagy kitárulákozást megvalósító helyzetekben és testtartásokban.

Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1 16–3(q).

„fizikai támadás", „kényszerített cselekvés" vagy „kierőszakolt megtekintés" kapcsolódhatnak bármelyikhez e hat kategória közül, beleértve az utolsót, ami a *Playboy*- vagy a *Penthouse*-féle szoftpornó: ez „a nőket az uralkodás, meghódítás, erőszaktevés, kizsákmányolás, birtoklás vagy használat céljából, a szolgaság, alávetettség vagy kitárulkozás pozícióiban, szexuális tárgyakként ábrázolja."[23] Ezen utolsó kategóriára ugyanakkor nem vonatkozik a terjesztés tilalma. E rendelkezés csak a pornográfia leginkább erőszakos és brutális formáira alkalmazható, melyet a többi öt kategória valósít meg. A 2. kategóriába például olyan tartalmak tartoznak, amelyek a nőket „olyan szexuális tárgyakként ábrázolják, akiknek szexuális örömöt okoz, ha megerőszakolják őket".[24] A 3. kategória olyan tartalmakat takar, amelyekben az ábrázolt nőket „mint szexuális tárgyakat összekötözik, összevagdalják vagy megcsonkítják".[25]

A terjesztéssel történő törvénysértés ilyetén korlátozása – a szoftpornó kivétele a rendelkezés érvénye alól – csökkenti a rendelet hatásosságát. Mint azt említettem, a feministák nem azért támadják a pornográfiát, mert az megbotránkoztató vagy illetlen, hanem mert fenntartja a nők alávetettségét. Az efféle szabályozás alapjául szolgáló elképzelés szerint a pornográfia révén a férfiakban erős kapcsolat alakul ki a szexuális izgalom és a női alávetettség között, és ily módon a pornográfia létrehozza és újratermeli a női egyenjogúság útjában álló, a férfi szexuális identitásában gyökerező akadályokat.[26] Felmerül a kérdés, legalábbis bennem, hogy a pornográfiaellenes kampányban az ilyen tartalmak nem kapnak-e a valóságoshoz képest eltúlzott szerepet, mint a férfiak szocializációs folyamatát és szexuális identitásuk létrejöttét alapvetően meghatározó tényezők, és e kétségek csak nőnek, ahogy e támadás a pornográfia extrémebb formáira összpontosul. Érzésem szerint e brutális magazinok vagy filmek, amelyekre a terjesztést tiltó szabályok vonatkoznak, elhanyagolható szerepet játszanak kultúránkban, a legtöbb férfi szocializációjában vagy az identitásuk kialakulásában.[27] Ez nem jelenti, hogy e tilalom nem jogos, hanem, hogy jogos voltának igazolása jóval finomabb terminusok szerint történik annál, mint ahogy az elsőre tűnne. Szorítsd vissza a pornográfia brutálisabb és megbotránkoztatóbb formáit, ezáltal majd csökken a kereslet a pornográfia mint műfaj iránt, de még a szoft változat iránt is, és ez majd újradefiniálja azt a szabályt, hogy minek a büntetése megengedett.

---

[23] Uo.

[24] Uo.

[25] Uo.

[26] Lásd MACKINNON: Francis Biddle's Sister (1. lj.) 172. „Amit a pornográfia *tesz*, az túl van annak tartalmán: eroticizálja a hierarchiát és szexualizálja az egyenlőtlenséget. (...) Intézményesíti a férfi felsőbbrendűség szexualitását." Lásd még Andrea DWORKIN: *Pornography: Men Possessing Women.* Women's Press, 1981. 241. – a pornográfia fő témája a férfiak hatalma a nők fölött.

[27] Lásd általában Steven G. GREY: The Apologetics of Suppression: The Regulation of Pornography as Act and Idea. 86 *Michigan Law Review* 1564, 1606–07 (1988).

Míg a terjesztés korlátozásának szűkítése csökkenti annak valószínűsíthető hozzájárulását az egyenlőség eléréséhez, egyben az Első Alkotmánykiegészítésre hivatkozó ellenérv erejét is csökkenti. A megfelelő kérdés úgy hangzik, hogy az Első Alkotmánykiegészítés védi-e az olyan nyíltan szexuális tartalmak előállítását és terjesztését, amelyek a nőket tárgyként ábrázolják, akik például szexuálisan élvezik, ha megerőszakolják őket. Az efféle tartalmak aligha tűnnek kulcsfontosságúnak a demokratikus közbeszéd számára, és igazából az obszcenitás egy olyan tágabb kategóriája alá esnek, amit a Legfelső Bíróság rendszeresen korlátozni enged. Easterbook bíró megjegyezte véleményében, hogy a rendelet által használt pornográfiadefiníció nem felelt meg a Legfelső Bíróság által a *Miller v. California*[28] esetben alkalmazottnak, amely meghatározza az obszcenitáscenzúra külső határait. Az eset definíciója szerint pornográf az a kiadvány, amely (1) szex iránti érzéki érdeklődés kielégítésére szolgál, (2) a szexuális tevékenységet egyértelműen megbotránkoztató módon mutatja be, (3) és nélkülöz bármely komoly társadalmi, esztétikai vagy politikai értéket.[29] Easterbrook bíró teljességgel helyesen jegyezte meg, hogy az indianapolisi rendelet nem használta a *Miller*-formulát a tiltott publikáció definíciójához. Azonban vele ellentétben én nem gondolom, hogy e hiány igazolta döntését abban a tekintetben, hogy előzetesen (a hatályba lépés előtt) érvénytelenítette a terjesztést tiltó rendelkezést.

Először is a *Miller* alkotmányos obszcenitásdefinícióját a Legfelső Bíróság eseti alapon használta annak meghatározásához, hogy indokolt-e az adott, egyedi büntetőeljárás, vagy az adott esetben a felügyeleti és gyámsági jogok felfüggesztése. Nincs olyan szabály, amely megkívánná, hogy a tagállami törvényeknek vagy a helyi rendeleteknek a *Miller*-definíciót teljes terjedelmében tartalmazniuk kellene. Igazából a Legfelső Bíróság elé kerülő állami vagy helyhatósági obszcenitás-rendeletek zöme semmilyen obszcenitásdefinícióval nem élt, és a Legfelső Bíróság nem érvénytelenítette ezeket az intézkedéseket e hiányra hivatkozva. Még ha a rendelkezést a *Miller*-tesztben foglaltaknál szigorúbbnak is találta, akkor is helyben hagyta az intézkedést, csupán alkalmazhatóságának fókuszát csökkentette. A Legfelső Bíróság 1966-ban érvénytelenítette például Massachusetts kísérletét a *Fanny Hill* című könyv cenzúrázására nézve, és tette ezt azon az alapon, hogy az intézkedés nem tartalmazta az obszcenitás alkotmányos definíciójának egyik elemét; magát az állami rendeletet azonban nem érvénytelenítette a testület.[30] Hasonlóan kellett volna eljárni az indianapolisi rendelet esetében is: a Bíróság vár-

---

[28] 413 U.S. 15 (1973).

[29] Uo. 24.

[30] *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Massachusetts,* 383 U.S. 413 (1966).

hatott volna, hogy a betiltott művek megfelelnek-e az obszcenitás alkotmányosan meghatározott kategóriájának. Nehéz elképzelni azt a művet, mely megsérti a terjesztést tiltó rendelkezést, és amely ne lenne egyértelműen megbotránkoztató vagy ne az érzéki vágy felkeltését szolgálná, és bár a rendelet nem korlátozta önmagát, a bíró várhatott volna, mint azt a Legfelső Bíróság tette a *Fanny Hill* esetben, hogy kiderüljön, a szóban forgó mű rendelkezik-e komoly politikai vagy esztétikai értékekkel.

Sőt mi több, egy új törvényhozási program során, mint amilyen az indianapolisi rendelet is, nem volt szükséges azt feltételezni, hogy a Legfelső Bíróság legfrissebb obszcenitástesztje – az úgynevezett *Miller*-teszt – a cenzúrázható, nyílt szexualitást tartalmazó művek egyetlen lehetséges tesztje volna. Jelen pillanatban a *Miller*-teszt irányadónak számít, azonban igazság szerint ez egy viszonylag új konstrukció. A Legfelső Bíróság először 1957-ben[31] alkotott obszcenitásdefiníciót, mely tovább alakult az 1960-as években,[32] és ismételten újrafogalmazták azt a *Miller*-esetben 1973-ban.[33] A *Miller*-definíció csupán fényezés az Első Alkotmánykiegészítésen, mely a következő három különböző megfontolást igyekszik ötvözni: (1) az obszcenitás által a társadalmi normákra és a fizikai közérzetre gyakorolt veszély elismerése; (2) az Első Alkotmánykiegészítés eredeti szándéka iránti tisztelet kifejezése, azon az alapon, hogy az alkotmányozó Alapítók Atyák* nem gondolták, hogy a „szólásszabadság" védelme azt jelenti, hogy obszcén publikációk szabadon terjeszthetők; és (3) a közbeszéd kiterjesztése iránti elkötelezettség, mint a demokrácia értékeinek gyarapítása. A *Miller*-definíció tekinthető ezen eltérő megfontolásokat értelmesen összegző eljárásnak, ám nincs okunk azt gondolni, hogy ez az egyedül lehetséges összegzés, vagy hogy a tesztnek ki kellene zárnia más erőfeszítéseket. Igazából a Legfelső Bíróság maga is alakított a szabad szólást szabályozni kívánó állami hatalmat alkotmányosan megkötő konstrukción, amikor gyerekek[34] számára készített, nyíltan szexuális tartalmakról vagy amikor

---

* Az Egyesült Államok politikai berendezkedését és alkotmányát megalkotó politikusok. *A ford.*

31 *Roth v. United States,* 354 U.S. 476, 487–89 (1957).

32 Lásd például *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure",* 383 U.S. 420–21. – fenntartja, hogy egy egyébként társadalmi értékkel bíró könyv terjesztését nem védi az alkotmány, ha a könyv forgalmazója kizárólag a szexuális tartalmat emeli ki; *Mishkin v. New York,* 383 U.S. 502 (1966) – fenntartja, hogy az érvényes obszcenitásteszt vágykeltő jelleggel kapcsolatos kitételét a megcélzott közönség érdeklődésének kontextusában kell vizsgálni.

33 Az amerikai jog ezen ágával kapcsolatban lásd Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 33–53. Elemzi az obszecenitással kapcsolatos bíráskodás evolúcióját.

34 Lásd *Ginsberg v. New York,* 390 U.S. 629, 623–38 (1968) – fenntartja, hogy annak elbírálása, hogy egy kiskorúaknak szánt publikáció pornográfia-e vagy sem, a kiskorúak érzéki fogalmai szerint kell hogy történjen, nem a felnőttekéi szerint; *New York v. Ferber,* 458 U.S. 747, 756 (1982) – fenntartja, hogy gyermekeket ábrázoló szexuális képek esetében nincs szükség a Miller-tesztre.

köztulajdonban álló frekvencián bemutatott tartalmakról ítélkezett.[35] Az indianapolisi rendelet egy más típusú újragondolást testesít meg ismét csak egy fontos cél, a szexuális egyenlőség érdekében.

Az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezéseit bírálva Easterbrook bíró ismét panaszt fogalmazott meg, ezúttal nem csak azért, mert a rendelet pornográfiadefiníciója nem tükrözte a *Miller*-tesztben foglaltakat, hanem mert egy meghatározott nézőpont korlátozását valósította meg:[36] a pornográfiát nem egyszerűen a nyílt szexualitás jelentette, hanem az magában foglalta a női alávetettséget is; például nők oly módon történő ábrázolásával, miszerint nekik mint szexuális tárgyaknak szexuális örömöt nyújt, ha megerőszakolják, megkötözik vagy megcsonkítják őket. Az olyan alkotás, amely nyílt szexualitást tartalmaz, ám elutasítja az efféle horrorisztikus elemeket, nem tartozik ezen meghatározás alá. Bár az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezése bizonyos szempontból valóban egy nézőpont korlátozását valósította meg, e megfontolásnak nem kellett volna kizárnia a rendelkezés alkotmányos alkalmazásának lehetőségét a *Miller*-tesztnek egyébként megfelelő esetekben.

Minden obszcenitást tiltó rendelet valamely távolabbi célt is szolgálni kíván – például a szexuális magatartással kapcsolatos megfelelő hozzáállás, vagy a közszemlére tehető szexuális tevékenységek körének meghatározása ügyében –, és mint ilyeneket, működni engedik őket, dacára a nézőpont alapján történő diszkrimináció tilalmának; mivel e célok nem a pornográfia által megjelenített szemlélettel ütköznek, hanem a terjesztett publikáció által olykor a társadalmi normákban és értékekben okozott káron alapulnak. A legtöbb hagyományos obszcenitásrendelet nem nézőpont-specifikus, ám képzeljünk csak egy olyan obszcenitásrendeletet, amely olyan nyíltan szexuális tartalmú filmekre vonatkozna, amelyek a szodómiát erotizálják és mutatják be rendkívül élvezetes szexuális cselekvési formaként. Feltehetőleg e rendelet nézőpont-specifikussága nem jelentené akadályát annak, hogy alkalmazni lehessen olyan filmekre, amelyek amúgy megfelelnek a *Miller*-tesztnek. A filmet be lehet tiltani, ha célja szexuális izgalomkeltés vagy másképpen megbotránkoztató, és ha nem tartalmaz komoly esztétikai vagy politikai értéket. Hasonlóan a tény, hogy az indianapolisi rendelet a törvénysértés határát egy meghatározott nézőpont szerint jelöli ki, jelesül, hogy helytelen a nőket az erőszakot élvező, szexuális tárgyakként ábrázolni, nem helyezi a rendeletet azon az alkotmányos rendszeren kívül, amelyet a Legfelső Bíróság az obszcenitás szabályozására alkotott.[37]

---

[35] *Federal Communications Comm'n v. Pacifica Found.*, 438 U.S. 726, 748–50 (1978) – megjegyzi, hogy a sugárzott elektronikus média részesül „a legkorlátozottabb Első Alkotmánykiegészítés-védelemben," mivel mindenhová eljut, és gyerekek számára is hozzáférhető.

[36] *American Booksellers Ass'n*, 771 F,2d 332.

[37] Lásd Frederick Schauer: Causation Theory and the Causes of Sexual Violence. 1987 *American Bar Foundation Research Journal* 737, 768.

Nemrégiben a Legfelső Bíróság szigorú figyelmeztetésben részesítette az államot azért, mert széleskörű hatalmát alkalmazta a szólás egy úgynevezett nem védett kategóriájával szemben azért, hogy így részesítse előnyben a politikai vita egyik résztvevőjét a másikkal szemben.[38] A szóban forgó eset a „támadó szavak" *(fighting words)* kérdését tárgyalta, nem az obszcenitásét, de Scalia legfelső bírósági bíró, álláspontját igazolandó, az ítélet indokolásában többször alkalmazott egy, az obszcenitástémából származó példát. Úgy vélekedett, hogy nincs különbség egy, a toleranciát elősegíteni kívánó, a „támadó szavak" elleni részbeni vagy szelektív tilalom és az „obszcenitás" szólásszabadság alóli kivételének kormánykritikus vélemények elfojtása céljából történő manipulálása között. Javaslatának kiindulópontjaként kijelentette, hogy alkotmányellenes lenne „egy olyan rendelet életbe léptetése, amely csak azokat az obszcén tartalmakat tiltaná, amelyek kritikusak a város kormányzatával szemben, vagy nem rendelkeznek a város kormányzatának támogatásával."[39]

Úgy tűnhet, hogy az indianapolisi terjesztési rendelkezések beleütköznek Scalia bíró bírálatába, mivel a rendelkezés az egyenlőség eszméjéhez kapcsolódik: csak a nőket alávetett helyzetben ábrázoló vagy alávetettségüket hirdető szavak vagy képek törvénytelenek – szemben a nőket felemelő vagy egyenrangúan ábrázoló tartalmakkal. Azonban Scalia bíró világossá tette, hogy nem minden szelektív szabályozást utasít el, még azokat sem, amelyek tartalmi jellegű megkülönböztetéseken alapulnak, hanem csak azokat, amelyekben – hasonlóan az általa használt obszcenitás–városvezetés példához – a tartalmi alapú diszkrimináció független volt a beszéd „kimondottan elítélendő tartalmától".[40] Panaszul rótta fel a tárgyhoz nem tartozó, külső tartalmi diszkriminációt.

Scalia bíró ellenségessége a tartalmi alapú diszkriminációval szemben azon a félelmen alapszik, hogy az hajlamos „bizonyos eszméket vagy véleményeket kiterelni a gondolatok piacáról",[41] ám ilyen veszélyt nem érzékelt, amikor szelektív tiltást definiáló tartalmi diszkrimináció kapcsolódik azon okokhoz, amelyek miatt az állam számára egyáltalán megengedett a beszéd szabályozása.[42] Ennek megfelelően Scalia bíró elismerte, hogy a szövetségi kormány megteheti, hogy csak azokat az erőszakos fenyegetéseket kriminalizálja, amelyek az Egyesült Államok elnöke ellen irányulnak, mivel ahogy írta: „az okok, melyek miatt az erőszakos fenyegetések kívül esnek az Első Alkotmánykiegészítésen (azért, hogy az erőszaktól való

[38] *R.A.V. v. City of St. Paul,* 112 S. Ct. 2538 (1992).

[39] Uo. 2543.

[40] Uo.

[41] Uo. 2545.

[42] „Amikor a tartalom szerinti megkülönböztetés alapja tartalmazza az okot, amely miatt a szóban forgó szólás egész fajtája szabályozás alá esik, a vélemény vagy nézőpont szerinti diszkrimináció veszélye jelentéktelen." *R.A.V.,* 112 S. Ct. 2545.

félelemtől, a félelem következtében keletkező káosztól és a fenyegető veszély kitörésének lehetőségétől meg lehessen védeni az embereket) különös jelentőséget kapnak, amikor az elnök személyéről van szó.'"[43] Hasonlóan, amikor a terjesztés tiltása kiválaszt bizonyos nyíltan szexuális képeket vagy anyagokat, különösen is azokat, amelyek a nőket alárendeltként ábrázolják, ezen kiválasztás oka szorosan kapcsolódik azon indokok egyikéhez, amelyek miatt az obszcenitás egyáltalán tiltott: hogy a nők védve legyenek az erőszaktól és a szexuális támadásoktól.[44]

Az eddigiekben amellett érveltem, hogy ellentétben Easterbrook bíró véleményével, az Indianapolisi rendelet terjesztést tiltó rendelkezése összhangban van a Legfelső Bíróság obszcenitással kapcsolatban kialakított álláspontjával. A legtöbb, ami mondható, hogy az Indianapolisi rendelet alkalmazása egyes esetekben megtiltható, attól függően, hogy – először is – mi pontosan a kérdéses publikáció tartalma, és másodszor, hogy a *Miller*-teszt vagy annak variánsa milyen pontosan meghatározható korlátokat szab az állam számára. Ha a Legfelső Bíróság álláspontja még mindig érvényes, akkor az Indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezését helyben kellett volna hagyni, jóllehet, az egyedi esetekre vonatkozó korlátozásokkal. A terjesztési rendelkezéssel szembeni mélyebb ellenérzés azoktól jön, akiknek általában is súlyos kételyeik vannak az obszcenitás szabályozásával kapcsolatban. E csoportba tartozik a liberális közösség jó része, közülük sokan olyanok, akik a feminista mozgalmat támogatják. Ők nem azért vonják kétségbe az Indianapolisi rendelet terjesztést tiltó rendelkezését, mert az összeütközésben áll azzal, amit a Legfelső Bíróság megengedhetőnek tart a nyíltan szexuális tartalmak szabályozása terén, hanem mert úgy vélik, hogy a Legfelső Bíróság hajlandósága az obszcenitás szabályozásának elfogadására önmagában súlyos kompromisszum a szólásszabadság védelme iránti elkötelezettség vonatkozásában.

Az obszcenitás-szabályozás kritikáinak egyik csoportja nem túl meggyőző számomra. E libertariánus nézetek elvetik az indianapolisi terjesztési rendelkezést és minden más obszcenitásellenes intézkedést azon az alapon, hogy e törvények

---

[43] Uo. 2546.

[44] A kényszerített cselekvéssel, a kierőszakolt megtekintéssel és a fizikai erőszakkal kapcsolatos rendelkezések olyan szelektív szabályozások, melyeknek része a tartalom alapján történő megkülönböztetés, ám e tartalmi megkülönböztetés nem terkinthető külső megkülönböztetésnek. E rendelkezések minden esetben egyértelműen belül esnek a szabály Scalia bíró által megállapított kivételein. Az egyik kivétel megengedi az államnak, hogy megkülönböztető eljárásban részesítse a betiltandó beszéd egy, tartalom alapján meghatározott alkategóriáját, ha az alkategória a beszéd úgynevezett „másodlagos hatásához" köthető; ahogy kijelentette: „Az Állam például megengedheti az összes obszcén élő előadást, kivéve azokat, amelyekben kiskorúak szerepelnek." Uo. 2456. Egy második kivétel, amelyet a VII. Cím alatti „szexuális zaklatás" jogcímben foglaltakra tekintettel alkottak meg, megengedi, hogy az állam a tartalom alapján tegyen megkülönböztetést abban az esetben, amikor a törvény „nem beszéd, hanem bánásmód ellen irányul", és amikor a szabályozási rendszer a beszédet „véletlenül söpörte össze". Uo.

korlátozzák a művészek, írók és kiadók abbéli szabadságát, hogy eszméiket és nézeteiket a publikumhoz közvetíthessék. E kritikusok az Első Alkotmánykiegészítésre mint az egyén autonómiájának védelmezőjére tekintenek: a szabadságra, mely lehetővé teszi, hogy bárki azt mondhassa, amit szeretne. Nekem ugyanakkor az Első Alkotmánykiegészítés ilyen értelmezése nem tetszik, sem mint jogállami, sem mint filozófiai elv, minthogy nem indokolja meg, hogy a beszélő autonómiáját miért helyezi azok autonómiája fölé, akiknek a beszéd kárt okoz, vagy akiket az sért. A filmkészítők kincsként óvják abbéli szabadságukat, hogy olyan filmeket csináljanak, amilyet akarnak, és éppígy ragaszkodnak szabadságukhoz az írók vagy a kiadók is. Ám az nem világos, hogy az ő szabadságuk miért fontosabb más emberek azon szabadságánál, melynek révén meghatározhatják, hogy milyen munkákkal kívánnak találkozni, vagy hogy milyen környezetben kívánnak élni.

A Legfelső Bíróság obszcenitás-doktrínájának második kritikája – amely Alexander Meiklejohn[45] munkásságához köthető, és számomra meggyőzőbb – az Első Alkotmánykiegészítésre inkább a kollektív önrendelkezés, semmint az egyéni autonómia eszközeként tekint. Az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló elméletet a demokráciához kapcsolja, azaz megállapítja, hogy a szólásszabadság biztosítja a nyilvános eszmecserék és döntések, az erőteljes közéleti viták feltételét. Nyilvánvaló, hogy az olyan beszéd, amely kimondottan a kormányzati politika körébe tartozó kérdésekkel foglalkozik, közvetlen és azonnali védelmet élvez a szólásszabadság ezen elmélete alapján. Azonban a képzőművészet és az irodalom is védelem alatt áll, még az is, amelyikben egyáltalán nincs szó politikáról és kormányzati ügyekről. Ahogy Meiklejohn leszögezte: „Hiszem, mint tanár, hogy az embereknek szükségük van regényekre és drámákra és festményekre és versekre, »mert ezek fogják őket elvezetni a politikához«."[46] A képzőművészet bármely formája, még a nyíltan szexuális művészet is lehet politikailag értékes, és mint ilyen, megkérdőjelezhetetlenül része annak, amit közéleti vitának neveztem – az emberi cselekvés azon körének, melyet az Első Alkotmánykiegészítés védelmezni és gyarapítani kíván.

[45] Lásd Alexander Meiklejohn: *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People.* New York, Harper & Brothers, 1948. 27. Az Első Alkotmánykiegészítés védi a különböző vélemények megtárgyalását mint az önkormányzás alapelvét; Alexander Meiklejohn: The First Amendment Is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review* 245, 255. Az Első Alkotmánykiegészítés védi a kormányzási folyamathoz szükséges gondolatokat és tetteket.

[46] Alexander Meiklejohn: The First Amendment Is an Absolute. (45. lj.), 263. Idézi Harry Kalven Jr.: Metaphysics of the Law of Obscenity. 1960 *The Supreme Court Review.* 1, 16. [Az angol eredetiben: „I believe, as a teacher, that the people do need novels and dramas and paintings and poems »because they will be called upon to vote«". Jack Balkin szerint a „vote" itt metaforikusan értendő, és kevésbé konkrétan „szavazásként".]

A hagyományos intézkedések, melyek a szexuálisan szókimondó publikációk visszaszorítására irányulnak, azzal fenyegetnek, hogy anélkül korlátozzák és csökkentik a közéleti viták erőteljes voltát, hogy ahogy azt az erőszakra való uszítást vagy a rágalmazást tiltó törvények teszik, valamely értéket ajánlanának cserébe, és ezért nagy óvatosságot kívánnak. Az indianapolisi rendelet terjesztéssel kapcsolatos rendelkezése ugyanezt a veszélyt jelenti a szabad szólásra, bár ezen intézkedés szűkebb jogkörrel bír, mint a hagyományos obszcenitásszabályozás. A rendelet többek között tiltja az olyan nyíltan szexuális képzőművészeti és irodalmi tartalmak terjesztését, amelyek úgy ábrázolják a nőket, mint akiknek érzéki örömöt jelent a szexuális erőszak. A nemi erőszak rettenetes, és a leghatározottabb módon elítélendő. Ugyanakkor az erőteljes közéleti vitát támogató doktrína alapján a nemi erőszakot ábrázoló vagy tárgyaló műveket korlátozó törvény nem lehet elfogadhatóbb, mint az a törvény, amely a házasságtörés vagy a szadomazochizmus élvezetes és kívánatos mivoltát magasztaló képzőművészeti és irodalmi munkák terjesztését tiltja.

Lehetnek, akik különbséget látnak egyik oldalon a nemi erőszak, másikon a házasságtörés vagy szadomazochizmus között, mert míg a megerőszakolt nő egy bűncselekmény áldozata, addig a házasságtörésben vagy szadomazochizmusban a felek önkéntesen vesznek részt, és utóbbiakban általában a törvény sem talál kivetnivalót. Szintén igaz, hogy a házasságtöréssel és talán szadomazochizmussal is ellentétben a nemi erőszak, vagy az attól való félelem hozzájárul egy hátrányos helyzetű csoport alávetettségbe taszításához, és így alapjaiban sérti meg az alkotmányt az egyenlőség vonatkozásában. Ezeket mind beláthatjuk, de ettől még az Első Alkotmánykiegészítés alapján nem jutunk más eredményre. A demokrácia megkívánja, hogy minden törvény vonatkozásában, beleértve az egyenlőség alkotmányos szavatolását is, mindig nyitva álljon a lehetőség az újragondolásra, átalakításra vagy hatálytalanításra. Határozottan visszautasítom azt a – napjainkban leginkább Robert Bork[47] munkásságához kötődő – elképzelést, hogy az Első Alkotmánykiegészítés a törvénytelen vagy épp alkotmányellenes megnyilvánulásokat nem részesíti védelemben. Kölcsönvéve a megfogalmazást a Legfelső Bíróságtól: az Első Alkotmánykiegészítés értelmében nincs olyan, hogy téves gondolat.[48]

Az Első Alkotmánykiegészítés efféle felfogása nem fosztja meg az államot minden hatalmától. Természetesen szabadon törvényen kívül helyezheti a nemkívánatos tettekre való felhívást, és bármely törvénytelen cselekedetre uszítást. Például, míg az állam nem tilthatja a kormány erőszakos megdöntésének általános támogatását, nyilvánvalóan szabadon bűncselekménynek nyilváníthatja a kormány erősza-

---

[47] Robert H. Bork: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

[48] *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 339 (1974).

kos megdöntését vagy az e cselekedetre való uszítást.[49] Uszítás akkor történik, amikor egyéneket arra hívnak fel, hogy részt vegyenek valamely tiltott tevékenységben, és ha a dolog már túljutott a megvitatás fázisán. Amikor beszédnek már nincs helye.

Meglehet, hogy Indianapolis gyakorolta ezen elismert előjogát, amikor kártérítést állapított meg azok javára, akik pornográf művek közvetlen következtében erőszak áldozatai lettek. Érthető módon a terjesztési rendelkezés felfogható úgy, mint az erőszakra való uszítás megfékezésének eszköze. Amíg a kártérítés kiszabásának lehetősége is támogatja azt, meglehet, hogy elrettentőleg hat az erőszakot eredményező megnyilatkozásokra. Ugyanakkor rendkívül nehéz lehet a károk megállapítása, mivel a rendelkezés érvényesítésekor még nem történt meg az erőszak, így a terjesztésre vonatkozó jogsértést valószínűleg csak a cselekmény abbahagyására való felszólítás útján lehet megszüntetni. Az uszítás-elmélet még ebben az esetben is megkívánná, hogy esetről esetre kimutatható legyen, hogy a szólás túllépett valamely gondolat népszerűsítésén, és közvetlenül uszított azonnali törvénytelen cselekedetre. Nyomtatott művek esetén e mérce nehezen érvényesíthető; bár filmek esetében talán kevésbé nehéz.

Az állam akkor is megakadályozhatja egy eszme általános terjesztését, amikor e terjesztés összeütközik mások szóláshoz való jogaival. Ebben a vonatkozásban az állami szólástilalom nem korlátozza vagy szegényíti a közügyek megvitatását, hanem paradox módon szélesíti azt azáltal, hogy lehetővé teszi minden álláspont megjelenését. Az állam nem cenzor módjára cselekszik, hanem mint parlamenter, azaz törvényhozási ügyrendi szakértő, megkívánva valakitől, hogy hallgasson azért, hogy valaki más szólhasson. Vitathatatlan, hogy az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezése igazolható lehet azon az alapon, hogy a pornográfia elhallgattatja a nőket.[50] Ám, megint csak az általános cenzurális hatalom elszabadulását megelőzendő, fontos megkülönböztetni két különböző elhallgattató folyamatot.

---

[49] Lásd például *Brandenburg v. Ohio,* 395 U.S. 444, 447 (1969) – az erőszakra való felhívás megakadályozása csak akkor alkotmányos, ha a felhívásból törvénytelen cselekvésre való uszítás lett; lásd még KALVEN (33. lj.), 119–236. – felvázolja az uszítással kapcsolatos, Első Alkotmánykiegészítés alóli kivételek alakulását.

[50] Lásd MACKINNON: Francis Biddle's Sister. (1. lj.), 193. – a pornográfia minden nőt elnémít a hitelesség lerombolása és az értékől való megfosztás révén; Catharine A. MACKINNON: The Sexual Politics of the First Amendment. In: MACKINNON: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law.* Harvard University Press, 1987. 206, 208–09. Az Első Alkotmánykiegészítés abszolutizálása védi a pornográfiát, „a férfiak azon szólását, amely a nők szólását némítja el". Ez az esszé MacKinnon professzor válasza Easterbrook bíró véleményére. Az elnémítási elmélet tovább fejleményeivel kapcsolatban lásd Frank I. MICHELMAN: Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation. 56 *Tennessee Law Review* 291 (1989). Egy rövid válaszért minderre lásd Ronald DWORKIN: Two Concepts of Liberty. In: Edna ULLMANN-MARGALIT – Avishai MARGALIT (szerk.): *Isiah Berlin: A Celebration.* University of Chicago Press, 1991. 100, 108–09.

Az egyik a gondolatokban történik. Egyedül az üzenet tartalmának leszűrése révén jön létre. A pornográfia, különösen az a fajtája, amely a terjesztési rendelkezés hatálya alá esik, méltán értelmezhető annak követeléseként vagy sugalmazásaként, hogy a nők hallgassanak, vagy erőszak révén hallgattassák el őket. Olybá tűnhet, mintha a pornográf mű létrehozója azt mondaná, hogy „nők nem szólalhatnak meg" vagy hogy a „nőket nem szabad komolyan venni". Feltehető a kérdés, hogy a pornográfia, még a terjesztési rendelkezés alá tartozó brutális fajta is, leegyszerűsíthető-e erre a gondolatra vagy tekinthető-e ezen gondolat támogatásának. De még ha szemlélhető is ily módon a pornográfia, tartózkodnék attól, hogy kizárólag ezen az alapon támogassam az állami szabályozást. Részben azért húzódoznék ettől, mert kétlem, hogy a nőket elhallgattatni kívánó követelés vagy sugallat önmagában hatásos lenne. Mondani valamit nem jelenti azt, hogy amit mondunk, az meg is történik. Attól is tartok, hogy egy efféle elhallgattató folyamat elismerése ideológiák egész csoportját vonná ki a közéleti vitákból, nevezetesen azokat, amelyek bizonyos emberek némaságát vagy elnémítását követelik („Öld a zsidókat", „Legyen újra rabszolgaság", „Legyen proletárdiktatúra"). Az élet e bolygón jelentősen jobb lenne, ha e gondolatok nem járnának körbe folyton, ám ha az államnak megengednénk a tiltásukat, akkor így az államnak adnánk a hatalmat, hogy meghatározza, mely gondolatok válhatnak a közéleti viták részévé, és ez a hatalom összeegyeztethetetlen lenne az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló értékkel, a népszuverenitással.

A második elnémító mechanizmus szociológiai jellegű. Ez nemcsak a gondolattal magával kapcsolatos („nők nem szólalhatnak meg"), hanem azokkal a folyamatokkal és körülményekkel is, amelyek során a gondolat közhírré tétetik és terjesztésre kerül. Itt nem de Sade márkira lesz panasz, vagy arra, hogy a nemi erőszakot eroticizáló film vagy regény készül, hanem a pornográfia előállításának produkciós, illetve ipari vetületeire: arra, hogy kultúránkat állandóan az e gondolatot népszerűsítő könyvekkel, magazinokkal és filmekkel bombázzák. Ez esetben az aggodalom forrása nem egy meghatározott képzőművészeti alkotás vagy irodalmi mű, hanem az, hogy a nők tudják, hogy mindenhol – Indianapolisban, New Yorkban vagy Rómában – fellelhető azon könyvek, magazinok, filmek és videokazetták özöne, amelyek olyan szexuális tárgyként ábrázolják őket, akiknek szexuális élvezetet okoz, ha megerőszakolják, gúzsba kötik vagy megcsonkítják őket. Jelen esetben nem egy meghatározott könyv, magazin vagy film, hanem e társadalmi gyakorlat az, ami félelmet kelt a nőkben és lelkükbe vési a hallgatást, vagy amely arra vezet férfiakat, hogy ügyet se vessenek arra, amit a nők mondanak, vagy ne vegyék őket komolyan; és e társadalmi gyakorlat az, ami elszegényíti a közéleti vitákat és alapot ad Catharine MacKinnon dühének:

„Minket megfosztottak a tekintélyünktől, lefokoztak, értéktelenné tettek és elnémítottak."[51]

Számos faktor közreműködik a nők elhallgattatásában. Nem mindennek a pornóipar az oka, és talán még ennél is kevesebbnek oka az olyan különösen brutális pornográfia, amely a terjesztési tilalom alá esik. Csak durván megbecsülni lehet, hogy mennyi efféle anyag forog közkézen, és végzi gyászos munkáját nők és férfiak tudatában, vagy formálja más módon kultúránkat. Az alkotmányban azonban nem szerepel semmi, ami egy törvényhozó testületnek megtiltaná, hogy úgy döntsön, hogy az ilyen publikációk terjesztése következtében a nőkre gyakorolt némító hatás mértéke elegendő ahhoz, hogy az alapul szolgáljon egy korlátozási kísérlethez. E kérdés eldöntését megintcsak nyugodtan rábízhatjuk a törvényhozóra.[52]

Az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíráskodásban van egy tradíció, amely szerint az ítélethozatalkor a bírák önállóan mérlegelik a lehetséges indokokat az adott publikáció vagy film terjesztésének felfüggesztésével kapcsolatos eljárásban. Ez a gyakorlat – melynek fénykora a Warren-féle Legfelső Bíróság obszcenitással kapcsolatos bíráskodására[53] esik – a szólásnak tulajdonított különleges jelentőségben gyökerezik, és mint ilyen, demokratikus rendszerünk szívében helyezkedik el. Az efféle különleges felülvizsgálat nem teljesen felel meg az indianapolisi rendelet kontextusának, mindamellett a szólás egyszerre a szabályozás tárgya és indokolása; korlátozza a pornográf műveket előállítók és terjesztők szólását a nők szólásának elősegítése érdekében. E körülmények között a tények törvényhozó általi megítélésével szemben különlegesen szkeptikus attitűd az Első Alkotmánykiegészítés ellenében hathat.

Mindamellett, még ha a törvényhozók részesülnek is a kötelező tiszteletben, nem tagadható, hogy a szólás érdekében bevezetett terjesztési tilalom különféle következményeit feltáró elméletem meglehetősen igénybe venné a bíróság képzelőerejét és idejét. A bíróság elé kerülő konkrét technikai kérdés minden esetben az lenne, hogy az adott film vagy publikáció megfelel-e a rendelet pornográfia-definíciójának. Ám, hogy az Első Alkotmánykiegészítés kívánalmai érvényesül-

---

[51] MacKinnon: Francis Biddle's Sister (1. lj.), 193. Különösen sokféleképp jelentkezhet ez a kár addig a mértékig, míg a terjesztési rendelkezést sértő anyagok a szemérem elleni erőszakot, a csonkítást és a bántalmazást szexuálisan izgató szórakozásként állítják be, ezáltal elbagatellizálva ezen erőszakos cselekményeket azoknak (a férfiaknak) a szemében, akik az állami törvényhozás és közigazgatás gépezetének működtetéséért felelősek.

[52] Lásd Michelman: Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument (50. lj.), 307.

[53] Warren, a Legfelső Bíróság főbírája maga ellenezte e gyakorlatot az alábbi az ügyben: *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 202 (1964) – Warren főbíró, különvélemény: érve szerint a „Legfelső Bíróságnak nem [szabad] a legfőbb cenzor szerepébe helyezkednie", minden egyes új tényanyagról egyenkénti ítéletet hoznia. Az Első Alkotmánykiegészítés úgynevezett „technikailag preferált álláspontja" *(technical preferred position)* vonatkozásában lásd Kalven i.m. (33. lj.), xxvii.

jenek, a bírónak a teljes környezetet értékelnie kell, melyben a kérdéses munka megjelent, hogy meg tudja ítélni, hogy annak valóban volt-e a nőket elnémító hatása, vagy még pontosabban, hogy a törvényhozásnak lehetett-e jó oka ilyen hatást feltételezni. Beszélnek-e és meghallgattatnak-e a nők? Elnémítja-e és hitelteleníti-e őket a pornóipar? Mennyibe járul hozzá a szóban forgó munka a pornóipar hatalmához? Megjelenít-e a kérdéses munka valamely sajátos nézőpontot, amely védelemre szorul annak érdekében, hogy elkerüljük egy gondolat elnémítását?

E kérdések, és az összes többi is, amely szükséges az elnémítás-elmélet gyakorlati vizsgálatához, rendkívüli mértékben kontextusfüggők és széles körben vizsgálandók; ám nem teljesen idegenek a szólásszabadság-jogi bíráskodás számára. Már előrevetítette őket a *Miller*-teszt harmadik ága, amely a művészeti alkotás esetleges komoly politikai vagy esztétikai értékétől teszi függővé a szólás védelmét. Egy másik jogterület példáját alkalmazva, összehasonlító szociológiai vizsgálatok szükségesek annak megállapításához, hogy összeesküvésre felszólító cselekvés felől döntő ítéletben lehet-e hivatkozni a nyilvánvaló és közvetlen veszélyre *(clear and present danger).* Ez különösen igaz, ha – ahogy Learned Hand* leszögezte a kommunista összeesküvéssel kapcsolatos esetekben – a bírónak egyszerre kell tekintetbe vennie a veszély súlyát és bekövetkezésének valószínűségét.[54] Sőt, legyenek bármily megterhelőek az ilyen vizsgálatok, az érték, amelynek szolgálatában állnak és amely igazolja őket: a demokratikus vita erősítése. A jog célja nem a bíráskodás megkönnyítése, hanem az igazságtétel biztosítása.

Az indianapolisi rendelet mint egész, az egyenlőségért való aggodalomban gyökeredzik, és ez igaz a terjesztési tilalomra is. Nem az ügyekben megjelenő brutális pornográfiával kapcsolatos ellenszenven vagy undoron alapul, bár nyilván ez a tényező is jelen van a kérdésben, hanem egy apró lépése kíván lenni a nők alávetettségét eredményező társadalmi folyamatok megszüntetéséért folyó küzdelemnek. Csupán az egyenlőséget – mint a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés egyik értékét – felhozni a terjesztési korlátozás védelmében nem oltja ki a szabad szólással kapcsolatos ellenvetéseket, hacsak nem állapítjuk meg valahogy az egyenlőség kívánalmának elsőbbségét. Ugyanakkor, ha megértjük, hogy az egyenlőséget nem szükséges csakis a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésből levezethető önálló értékként szemlélnünk, hanem hogy az éppenséggel rendelkezik az Első Alkot-

* Neves amerikai bíró és jogfilozófus (1872–1961).

[54] *United States v. Dennis,* 183 F.2d 201, 202 (2d Cir 1950) – „[a bíróságoknak] minden egyes esetben fel kell tenniük a kérdést, hogy vajon a »gonosz« súlya, valószínűségének megfelelő mértékűre csökkentve, igazolja-e a szólásszabadságba való beavatkozást azzal az indokkal, hogy megelőzzük e veszélyt", megerősíti 341 U.S: 494 (1951).

mánykiegészítésből származó jellegzetességekkel is, a terjesztési rendelkezéssel kapcsolatos alkotmányos kérdés teljesen új megvilágításba kerül. A demokrácia megkívánja, hogy mindenkinek egyforma esélye legyen arra, hogy hallassa a hangját, és hogy meghallgattassék. A pornóipar legextrémebb formái ellen alkotott terjesztési rendelkezést nem a demokrácia ellenségének, hanem barátjának kellene tekinteni: egy erőfeszítésnek, amely a szabad és nyílt vita alapfeltételeit kívánja megteremteni.

5.

Állami aktivizmus és állami cenzúra

Prológus

Lehet az állam valaha a szabadság barátja? Ez volt a fő kérdés, ami a Yale-en tartott szólásszabadság-óráimon, illetve e kötet eddigi esszéiben foglalkoztatott. E kérdés többnyire a szokásos kontextusokban jelent meg, amikor az állam mint szabályozó lép fel, leginkább úgy, mint rendőr. Egy korábbi helyen e kötetben elismertem, hogy az állam fontos szerepet tölt be a politikai szabadság kiteljesítésében, amikor támogatólag cselekszik, például közoktatást vagy közkönyvtárakat tart fenn. Ennek ellenére a témában nem sok eset került a Legfelső Bíróság elé, így az állam ilyen típusú tevékenysége elenyésző mértékben bukkant fel az óráimon és az írásaimban.

Ám 1989-ben hatalmas botrány tört ki a Nemzeti Művészeti Alap (National Endowment for the Arts, NEA) *egy döntése felett, amikor is az Alap támogatta Robert Mapplethorpe tíz fotográfiájának kiállítását. Az ügy nem eredményezett döntést a Legfelső Bíróság részéről, de vádemelés történt obszcenitás tárgyában, alakult egy elnöki bizottság, és több szenátusi döntés született, amelyek közül az egyik egy új irányítási rendszert szabott az NEA számára. A Mapplethorpe-kiállítás, amely a máig ható botrányt kirobbantotta, kiváló alkalmat teremtett számomra, hogy megvizsgáljak egy sor problémát a támogató állam kérdéskörében.*

Először is, megnéztem a Mapplethorpe-kiállítást a Wadsworth Athenaeumban, Hartford városában (Connecticut) 1989 őszén. Ahogy elhagytam a kiállítást, felrémlett bennem, hogy végre megértettem azt a társadalmi dinamikát, mely Amerikát egy ma elképzelhetetlen tettre vezette – James Joyce Ulyssesének *cenzúrázására. Arra is rájöttem, hogy ahhoz, hogy e társadalmi dinamikát vizsgálni tudjam, szükségem lesz a kiállítás megjelenítésére az órán. Két diákom, Elizabeth E. deGrazia és Donald W. Hawthorne segítségével kivetítőn mutattam be az osztálynak a kiállítást 1990 tavaszán és később 1991 tavaszán is, épp amikor ez az esszé megjelent a* Yale Law Journal*-ben.*

A publikációt megelőzően megmutattam e tanulmány nyersváltozatát egy jogászokból és filozófusokból álló csoportnak – akik SELF (Society of Ethical and Legal Philosophy) *néven ismertek –, mely társasághoz magam is tartoztam éveken át. Igazából a könyv összes esszéje sokat köszönhetett az e társasággal folytatott eszmecserének. Jelen tanulmány a társaság egy tagját, Charles Friedet különösen inspirálta, aki* Szólás a jóléti államban *(Speech in the Welfare State) címmel válaszcikket közölt, amely a* University of Chicago Law Review*-ban jelent meg 1992-ben.*

Az Első Alkotmánykiegészítés legnagyobb sikereit a büntetőjog kordában tartása területén érte el. Valóban, a szabad szólás hagyománya alapvetően olyan esetek mentén szökött szárba, melyekben egy sor különféle bűncselekményért fogtak perbe embereket: rendzavarásért, erőszakra való uszításért, szolgálatmegtagadásért, a kormány megdöntését célzó szervezkedésért, lázító rágalmazásért vagy obszcén kiadványok terjesztéséért. A történet szerint a Legfelső Bíróság először hibásan a cenzorral értett egyet, hozzájárult e vádak alapján született ítéletek érvényben maradásához, ám az 1930-as évek évektől egyre több korlátot helyezett a rendőri hatalom efféle alkalmazásának útjába. Az állam meghatározott elvek alapján olykor letartóztathat és vád alá helyezhet beszélőket – a szólásszabadság nem abszolút –, ám ez csak rendkívüli esetekben történhet meg.

Az elmúlt években megszokhattuk, hogy az állam nem csak mint rendőr, hanem mint oktató, munkáltató, háziúr, könyvtáros, médiaszolgáltató, bankár vagy művészetpártoló is tevékenykedhet. A huszadik század során rendkívül megnőtt az állam hatalma, és még inkább megszaporodtak azok a módok, ahogyan e hatalmat gyakorolni lehet. Amikor az aktivista állam amerikai felemelkedéséről beszélünk, akkor nem csupán az állami szerepvállalás mennyiségi növekedésére utalunk, hanem ennél fontosabb, hogy megváltoztak az állami szerepvállalás módozatai: a szerepvállalástól való távolmaradás, mint negatív szerep felől elmozdulás történt a támogató szerep irányába. E fejlemény politikailag és társadalmilag igen fontos volt, és ugyanakkor az Első Alkotmánykiegészítés számára új kihívásokat jelentett. Tekinthető-e a szabad szólás korlátozásának, ha egy közkönyvtár nem enged gyűjteményébe egyes radikális könyveket? Vagy az, ha egy állami iskola tanítja az evolúciót, de nem tanítja a kreacionizmust? Vagy az, ha egy állami tulajdonban lévő tévécsatorna támogatja az atomenergia felhasználását, de nem ad lehetőséget a környezetvédő csoportoknak ellenvéleményük kifejtésére?

E kérdések latolgatása során a Legfelső Bíróság megerősítette, hogy az Első Alkotmánykiegészítés az állami hatalom negatív és támogató alkalmazására egyaránt vonatkozik, ám fogas kérdésnek bizonyult a testület számára annak meghatározása, hogy pontosan *hogyan* vonatkozik rájuk. A legáltalánosabban úgy hangzik a kérdés, miszerint kell-e a Legfelső Bíróságnak kettős mércét alkalmaznia; azaz hogy a hatalom támogató használatát enyhébb szigorral ítélje-e meg annál, ahogyan az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos büntetőjogi esetek kapcsán ítélkezik. Ezt a kérdést járom körül e tanulmányban és elemzésem tárgya a Robert Mapplethorpe és a Nemzeti Művészeti Alap (NEA) körül kialakult alkotmányos és politikai vita. A vitát Jesse Helms, Észak-Karolina állam szenátora robbantotta ki, amikor tiltakozott az ellen, hogy Mapplethorpe kiállítását közpénzből támogatták. Bár az eset nem jutott a Legfelső Bíróság elé, a Mapplethorpe-botrány több mint egy évig országos ügy volt. A sajtó napi rendszerességgel cikkezett az esetről, amely egy bűnvádi eljárást, egy elnöki bizottság létrehozását és több törvényhozási szavazást is eredményezett, továbbá összetett kérdéseket fogalmazott meg azzal kapcsolatban, hogy a modern demokráciáknak miként kell alkalmazkodniuk az államhatalom gyakorlásában bekövetkezett változásokhoz.

I.

Robert Mapplethorpe sikeres New York-i fotóművész volt. Mapplethorpe meleg volt, és 1989 márciusában AIDS-ben halt meg, negyvenkét évesen. Röviddel halála előtt rendezett munkáiból életműkiállítást a Pennsylvaniai Egyetem Institute for Contemporary Art nevű múzeuma. Százhetvenöt fotográfiát állítottak ki, a kompozíciók témája vegyes volt. Egyes képek portrék voltak, például magáról Mapplethorpe-ról, vagy olyan híres barátokról, mint Andy Warhol; más képek virágokat (liliomokat vagy tulipánokat) ábrázoltak, amelyek mintha hideg és élettelen kőből volnának durván kifaragva. Két kép gyerekeket ábrázolt, akik szülei Mapplethorpe barátai voltak: az egyiken egy meztelen kisfiú látható, ahogy ül egy fotel támláján, a másik képen egy kislány, felhúzott szoknyával. Nem visel alsóneműt. Ismét csak másik fotósorozatokon férfitestek láthatók, van, hogy egy fej, egy torzó vagy egy testrész. Ezek szintén szoborszerű benyomást keltenek a képeken. E képek egyike, amely a „Férfi műszálas öltönyben" *(Man in Polyester Suit)* címet viseli, egy olcsó öltönyt viselő fekete férfit ábrázol úgy, hogy látszik a pénisze. A munka válltól lefelé és térdtől fölfelé mutatja a kép modelljét. A fotográfiák utolsó csoportja – talán mind közül a legprovokatívabb – homoszexuális kapcsolatokat és tevékenységeket ábrázolt. Az egyiken két férfi csókolózik („Larry és Bobby csókolóznak" *(Larry and Bobby Kissing)*, egy másikon két férfi – egy fekete és egy fehér – farmernadrágot viselnek, félmeztelenek és szenvedélyesen átölelik egymást. Ezenkívül az X, Y, Z sorozat *(X, Y, Z Series)* némelyike szexuális jeleneteket ábrázol, amelyek szadomazochisztikusnak tekinthetők.[1]

1989 elejétől kezdve egész 1990 végéig a kiállítást egy sor múzeum bemutatta az Egyesült Államokban. Egy helyszínen – Cincinnatiben, Ohio államban – vádat

---

1. Az „X, Y, Z sorozat" egy három portfólióból álló sorozatot jelöl. Mindegyik portfólió tizenhárom fotográfiából állt, ezek mindegyike 13 ½ négyzethüvelyk méretű. Az X portfólióban szerepeltek szadomazochisztikusnak tekinthető jelenetek, az Y portfólió virágábrázolásokat tartalmazott, és a Z portfólió fekete férfiakat ábrázolt. Amikor Hartfordban, a Wadsworth Athenaeumban láttam a kiállítást, mind a három portfólió tartalmát kiállították. Egyes helyeken az X portfólió anyagát vízszintesen, üvegtárlóban helyezték el, hogy azok a múzeumlátogatók ne lássák, akik csak átsétálnak a kiállításon, és csak a falakra pillantanak rá.

emeltek a múzeum és annak vezetője ellen azért, mert megszegtek egy helyi rendeletet, amely tiltja az obszcenitás terjesztését *(pandering of obscenity)*.[2] Az igazgató 2000 dollár pénzbüntetésre és egy évi elzárásra számíthatott, ha elítélik, a múzeumot pedig 10 000 dollár büntetés fenyegette. A vádemelés 1990 tavaszán történt, nem sokkal a kiállítás megnyitása után, és a nagy közérdeklődést kiváltó, több hétig tartó per végén az esküdtszék felmentette a vádlottakat. Mint minden esküdtszéki döntés esetében, ezúttal sem lehetett tudni, hogy végül min bukott el a vád – ellenszenves volt talán az ügyész? A bizonyítás hiányosságai miatt? A meggyőződésen, hogy a képeket védi az alkotmány? A Cincinnati hírneve fölötti aggodalom miatt? Ugyanakkor viszonylag nyilvánvaló, hogy a vád nem állt volna meg az Első Alkotmánykiegészítéssel szemben – ha az esküdtszék ellenkezőleg döntött volna, akkor eljárásra került volna a sor, és az ítéletet megsemmisítették volna.

Az obszcenitás kérdésében a Legfelső Bíróság az stratégiája az állami cenzúra oly módon történő korlátozása volt, hogy az obszcenitás alkotmányos meghatározása révén meghúzta az államhatalom külső határát: azok a kiadványok, amelyekre nem érvényes az obszcenitás szűkre szabott alkotmányos definíciója, védelemben részesülnek. E stratégiát az 1957-es *Roth v. United States*[3] esetben alkalmazták először, az 1960-as években az olyan esetekben bukkan fel, mint a *Fanny Hill*[4] című könyvhöz fűződő per, legutóbb pedig az 1973-as *Miller v. California*[5] esetben ítélkeztek ez alapján. Mint ahogy arra kitértem az előző fejezetben, a *Miller-döntés* értelmében az állítólagos obszcén kiadványok létrehozásának vagy terjesztésének tilalma megállhat, ha a tiltani kívánt anyag egészében (1) szex iránt érzéki érdeklődés kielégítésére szolgál,[6] (2) a szexuális tevékenységet

---

[2] A múzeum és az igazgató ellen kiskorúak meztelen ábrázolásának és obszcenitás terjesztésének vádjai alapján indult büntetőeljárás. A vád hét fotográfiára alapozta indítványát: kettő közülük a gyerekeket ábrázoló kép volt, további öt pedig az X, Y, Z sorozathoz tartozott. Az X, Y, Z sorozatból származó képek egyikén egy férfi egy másik szájába vizel, egy másik képen egy péniszbe dugott ujjhegy látható, további három kép pedig egy férfit ábrázol, aki különféle tárgyakat illeszt a végbelébe: egy korbács nyelét, egy hengert és egy kezet. A henger alakú tárgy vélhetően egy dildó, a kéz pedig ökölbe van szorítva. A kiállítás katalógusa, Janet Kardon – Robert Mapplethorpe: *The Perfect Moment* (1988) nem tartalmazza a kiállításon bemutatott összes művet, és, főképp egyetlen alkotást sem tartalmaz az X, Y, Z sorozatból, amelyre a cincinnati ügyész hivatkozott.

[3] 354 U.S. 476, 484–85 (1957).

[4] *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Massachusetts,* 383 U.S. 413 (1966).

[5] 413 U.S. 15 (1973).

[6] Kinek az érzékisége? Míg a Legfelső Bíróság a Millerben az „átlagemberről" beszélt, a „normális vagy perverz" szexuális aktust is belevette azon példák közé, amelyekkel az állami obszcenitástörvények hatókörét írta le, más alkalmakkal pedig úgy alakította a mércét, hogy tekintetbe vehesse azt a tényt, hogy az állítólagosan obszcén műveket egy úgynevezett „deviáns közönségnek" szánták. *Pinkus v. United States,* 436, U.S. 293, 301–03 (1978); *Ward v. Illinois,* 431 U.S. 767, 773 (1977); *Mishkin v. New York,* 383 U.S. 502, 508–10 (1966).

egyértelműen megbotránkoztató módon mutatja be, (3) és nélkülöz bármely komoly társadalmi, esztétikai vagy politikai értéket.

Minthogy a vádindítvány tárgyát képező alkotást egységes egésznek kell tekinteni,[7] kétséges, hogy a Mapplethorpe-kiállítással szemben megáll-e akár az érzéki érdeklődés felkeltésének, akár pedig az egyértelmű megbotránkoztatás vádja. E kérdések kapcsán talán lehet helye vitának, ám teljesen más a helyzet, ha a *Miller*-teszt harmadik „hegyét" vesszük szemügyre, amely a mű társadalmi értékét firtatja, és mint ilyen, az alkotmányos védelem hatályán kívülre rekeszti a közönségest és a hitványt, azaz az olyan műveket, amelyek nem kapcsolódnak semmilyen elképzelhető módon az Első Alkotmánykiegészítés értékeihez. Nyilvánvaló, hogy Mapplethorpe művei nem ilyenek.

Ha csak az esztétika felől közelítünk, már akkor is jelentős teljesítményt nyújtott a Mapplethorpe-kiállítás. Fotográfiái ridegek; a virágok és a testek élettelennek tűnnek – ahogy említettem, mintha csak szobrok lennének –, ám eredeti és sok szempontból megkapó esztétikai tapasztalatot nyújtanak. A tény, hogy az ország legnevesebb múzeumaiból jó néhány bemutatta a kiállítást, a művek esztétikai értékét tette a cincinnati per során a védelem kulcsfontosságú érvévé, és az országos művészeti szakmai nyilvánosság vezető szereplőinek tanúvallomása alátámasztotta ezt az esztétikai véleményt. Mindamellett fontos látni, hogy Mapplethorpe munkái politikai dimenzióval is rendelkeznek, ami a *Miller*-teszt általi védelemért kiált, még erőteljesebben, mint az esztétikai érték tette.[8] A kiállítás politikai jelentősége a tárlat revelatív erejéből származik: közszemlére tette a meleg közösség életét és tetteit, mely csoport sokáig marginalizált volt Amerikában, és amelynek tagjai közül sok áldozatot szed manapság az AIDS. A kiállítás választ adott a meleg közösség dühös tiltakozására: „Hallgatás = Halál."

A Mapplethorpe-fotográfiák tanúságtételei voltak a meleg közösség életének, határozottan támogatva az erotikáról vallott nézeteiket, megmutatták a közösség szexuális szokásainak teljességét, melyek olykor meghittek, olykor meglehetősen

---

[7] A cincinnati ügyész stratégiája, mely a két gyerekképet külön kezelte, megmagyarázható egy helyi rendelettel, amely kimondottan tiltja gyerekek meztelen képeinek közzétételét. Ám az a döntés, hogy a másik öt képet is külön kezelte, azon előírás ellenére, hogy a bemutatott munkát – ami jelen esetben a kiállítás, de legalább az X, Y, Z sorozat – mint egészet kell a vizsgálat tárgyává tenni, engem arra enged következtetni, hogy az ügyész a saját feladatát próbálta szabotálni. E feltételezést erősíti az ügyész bizonyítási rendszerének gyengesége. A vád mindössze négy tanút vonultatott fel. Három közülük rendőr volt, akik tanúsították, hogy a kiállítást valóban megrendezték. A negyedik tanú egy úgynevezett kommunikációs szakértő volt, aki a *New York Times* szerint „korábban pornográfiaellenes csoportokkal dolgozott, és művészeti szakértelme főképp azon alapul, hogy a 'Captain Cangaroo' című tévéműsornak dalokat írt". Obscenity Jurors Were Pulled 2 Ways, *New York Times,* Oct. 10, 1990 at A12, col. 4.

[8] Mapplethorpe munkájának politikai vonatkozású elemzését lásd Ingrid Sischy: Photography: White and Black. *New Yorker,* Nov. 13, 1989, at 124. – Minor White és Mapplethorpe kiállításának kritikája; Amy Adler: *The Tragedy of Contemporary Art in America* (May 1990) (kézirat).

durvák. A meghitt találkozásokat – amilyen például a csók – az átlag múzeumlátogató talán még vonakodva elfogadja, míg az X, Y, Z sorozat szadomazochisztikusnak nevezhető jelenetei ugyanezt a múzeumlátogatót arra késztethetik, hogy szembesüljön saját toleranciájának korlátaival, és hogy kritikailag viszonyulhasson azokhoz.

A sorozat egyes képei – például amelyik Helms szenátor leírása szerint „meztelen férfi, hátsó feléből kiálló korbáccsal"[9] – megdöbbenést váltottak ki a hagyományos gondolkodású emberekből, egészen hasonlóan ahhoz, amit egy zászlóégetés váltana ki belőlük. Az olyan meleg politikai szervezetek, mint az „ACT UP" vagy a „Queer Nation" konfrontatív taktikájához hasonlóan e fotográfiák arra késztetik a nézőt, hogy ráébredjen a meleg közösség létére, illetve szükségleteikre. E felszólításnak különös fontosságot adott az AIDS-válság, amelyről sokan vélték, hogy a tény, hogy a betegséget nem szorítják vissza, összefüggésben áll azzal, hogy egy olyan csoportot érint, amelynek szenvedését a velük nem rokonszenvező közvélekedés figyelmen kívül hagyja, mert arra lényegtelenként, vagy ami még rosszabb, megérdemeltként tekint. A kiállítás egyik legmegrázóbb képe, talán az egész tárlat emblematikus darabja egy 1988-as Mapplethorpe-önarckép, amely egy évvel a halála előtt készült, és amelyen csupán arca és jobb keze kap megvilágítást, miközben a háttérben csak a feneketlen sötétség látszik. Arca megviseltnek tűnik, szemei távoliak és nyugodtak, jobb keze egy sétapálcát markol, melynek feje egy koponyát formáz, és hasonlóan Mapplethorpe-hoz, a nézőre mered.

Ily módon értelmezve a Mapplethorpe-kiállítás – a *Miller*-tesztet alkalmazva – jelentős politikai értékkel bírt. Igazából úgy vélem, hogy már csak ezen az alapon is védelmet kellett volna kapnia az obszcenitásra hivatkozó vádemeléssel szemben. De nehezebb megítélni a kiállítás által kiváltott másik állami reakció jogosságát – a szövetségi támogatások elvesztését. Történelmünk során a művészetet Amerikában döntően a piac és az egyéni jótékonykodás tartotta el, ám az 1970-es évektől a szövetségi kormány a Nemzeti Művészeti Alapon (NEA) keresztül egyre növekvő szerepet játszott a művészeti tevékenység támogatásában és fenntartásában. Az 1990-es pénzügyi évben az NEA számára elkülönített összeg körülbelül 140 millió dollár volt.[10] A Pennsylvaniai Egyetem Institute for Contemporary Art nevű múzeuma mintegy 30 000 dollárnyi támogatást kapott az NEA-től a Mapplethorpe-életműkiállítás megrendezésére. A kérdés itt az, hogy olyan körülmények közepette, melyek nyomán a kiállítás védett az obszcenitásra hivatkozó vádemeléssel szemben, a kormány alkotmányosan cselekszik-e, ha megtagadja e támogatás folyósítását.

1989 júniusában tört ki a vita a Mapplethorpe-kiállítás támogatásáról, amikor Helms szenátor megtudta, hogy a Corcoran Képzőművészeti Galéria (Gallery of

---

[9] Senate Passes Compromise on Art Endowment. *New York Times,* Oct. 25, 1990, at C19

[10] Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101–121, tit. II. 103 Stat. 701, 738.

Art), a neves magánmúzeum Washingtonban készül a kiállítást bemutatni. Helms szenátor Mapplethorpe munkáját „szennynek” és „szemétnek” nyilvánította, és nyilvánosan tiltakozott az ellen, hogy szövetségi forrásokat fordítsanak a kiállítás támogatására.[11] A Corcoran kurátora, feltehetőleg azt megelőzendő, hogy a botrány révén az NEA állami finanszírozása, vagy pedig a Corcoran NEA-hez benyújtott jövőbeli pályázatai veszélybe kerüljenek, úgy döntött, hogy mégsem rendezik meg a kiállítást.

A Corcoran döntése a kiállítás elhalasztásáról felháborította a művészvilágot, és nem túl meglepő módon nem elégítette ki vagy hallgattatta el a döntés kongresszusi kritikusait. Az azon az őszön hozott támogatási rendeletben a Kongresszus az NEA számára elkülönített összegből levonta az Institute for Contemporary Art számára a Mapplethorpe-kiállítás megrendezésére megítélt összeget. A rendelet továbbá megszabta az NEA számára, hogy harminc napos várakozási időt alkalmazzon minden olyan esetben, amikor az Institute for Contemporary Art részére ismét támogatást kíván adni.[12] Nem kizárólag a Mapplethorpe-kiállítás ihlette e korlátozásokat. Helms és követői úgy számították, hogy e korlátozások általánosítása révén a jövőben meg lehet előzni azt, hogy a Mapplethorpe-éhoz hasonló művészeti alkotásokat támogassanak a Kongresszus által megszavazott alapokból.

Kemény dió volt azon művészeti alkotások definiálása, amelyek méltatlanok lennének az NEA támogatására, és jókora terhet rótt a jogászok képzeletére és a politikusok tárgyalási készségeire. Az eredmény az úgynevezett Helms-kiegészítésben öltött testet, amely így rendelkezett:

> Az alap (..) nem fordítható olyan művek támogatására, terjesztésére vagy előállítására, amelyek a Nemzeti Művészeti Alap ítélete alapján obszcénnak tekinthetők, beleértve – nem kizárólagos jelleggel – olyan műveket, amelyek szadomazochizmust, homoerotikát, gyermekek szexuális kizsákmányolását vagy egyének olyan szexuális cselekvéseit ábrázolják, amelyek egészében nem képviselnek komoly irodalmi, képzőművészeti, politikai vagy tudományos értéket.[13]

Bár a Helms-kiegészítés a *Miller*-teszt nyelvét kölcsönözte, az intézkedés annál vastagabb ceruzával fogott, és olyan művészeti alkotások finanszírozását tiltotta meg, amelyekre nem vonatkozott volna a *Miller*-teszt szűken szabott obszcenitásdefiníciója. Helms szenátor valójában olyan szabály létrehozására törekedett, amely

---

[11] 135 Cong. Rec. S8807–08 (daily ed. July 26, 1989) – Helms szenátor nyilatkozata.

[12] Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101–121, tit. II. 103 Stat. 701, 738. Hasonló, esetre szabott szankciókat tartalmazott az az 1989-es rendelet is, mely a Southeastern Center for Contemporary Art in South California nevű múzeummal szemben lépett fel, amely egy másik művet támogatott – Andres Serrano fotográfiáját, amelyeken egy feszület vizeletben ázik –, ami által kiváltotta a Kongresszus tagjainak haragját.

[13] Lásd fenn, § 314(a), 103 Stat. at 741.

bármiféle „illetlen" művészet kormányzati forrásokból történő támogatását megtiltotta volna.[14]

A Helms-kiegészítés a Kongresszus által 1989 nyarán elkülönített támogatásokra vonatkozott, és így szükségképp érvényét vesztette, amikor az 1990-es költségvetési év véget ért. Ám a Mapplethorpe-kiállítás támogatása kapcsán kirobbant vita nem ült el, és újabb fejezetéhez érkezett 1990 nyarán, amikor a Kongresszus felülvizsgálta az NEA működését, és megítélte számára költségvetését. Az 1990 novemberében elfogadott szenátusi rendelet, éppen a cincinnati esküdtszék döntése után és éppen az esedékes kongresszusi választások előtt, egy új szabályzatot fogadott el az NEA számára, amely még ma is érvényes. Az új rendelkezés kerülte ugyan az eredeti Helms-kiegészítés nyelvezetét, ám nem kevésbé jelent éppoly komoly, de talán kevésbé látható veszélyt a művészi szabadságra.

Egy bizonyos szinten az 1990-es rendelet tompítani látszik a Helms-kiegészítés cenzurális élét. A rendelet még mindig kimondja, hogy „obszcenitás (...) nem finanszírozható",[15] de az obszcenitás meghatározását a dokumentum a bíróságokra bízza, és a rendelet által alkalmazott mérce a háromelemű *Miller*-tesztet adaptálja. Mindamellett a rendelet tartalmaz szankciókat obszcenitás esetére: amennyiben az NEA által megítélt támogatás révén létrejött munkáról megállapítja a bíróság, hogy az obszcén, a támogatást vissza kell fizetni, és a művész vagy a kedvezményezett addig nem jogosult további támogatásokra, amíg a teljes összeget vissza nem térítette.[16] Ez az eljárás némi aggodalomra ad okot, mivel a szankciók súlyosítása fokozhatja a tagállami obszcenitási törvények elrettentő hatását, így esetleg elriasztva művészeket olyan alkotások létrehozásától, amelyek amúgy az alkotmány védelme alá esnének.

Még ennél is ijesztőbb az 1990-es szenátusi rendelet azon intézkedése, amely az NEA vezetőjének szerepét szabályozza a pályázati támogatások odaítélésében. A múltban a támogatásért beadott pályázatokat szakértői kuratóriumok bírálták el, általában a pályázó szakmájából kikerülő múzeumi szakemberek vagy művészek vettek részt e munkában. E szakmai ajánlások valóban „ajánlások" voltak, de a

---

[14] Helms szenátor eredetileg az alábbi kiegészítést javasolta:

A jelen törvény által megítélt támogatás nem fordítható olyan művek támogatására, terjesztésére vagy előállítására, amelyek

(1) obszcénak vagy illetlenek, így különösen olyan művek, amelyek szadomazochizmust, homoeroticizmust, gyerekek kizsákmányolását vagy egyének szexuális cselekvéseit ábrázolják, vagy

(2) amelyek bármely vallás vagy világnézet híveinek hitét vagy jelképeit gyalázzák; vagy

(3) bármely rasszhoz, felekezehez, nemhez, életkorhoz vagy nemzetiséghez tartozó, vagy testi fogyatékkal élő személyt, csoportot vagy állampolgárok egy csoportját gyaláznak vagy lealacsonyító módon ábrázolnak.

[15] Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101–512, § 103(b), 104 Stat. at 1915, 1963 (1990).

[16] Lásd fenn § 103(h), 104 Stat. at 1965–66.

gyakorlatban mégis az azokban leírtak számítottak – a kedvező bírálat általában a támogatás megítélését eredményezte.[17] Az 1990-es felülvizsgálat ezen eljárás megszüntetését javasolta, bár nem fogalmazta meg, hogy e bírálati eljárás pontosan milyen rendszernek kellene hogy átadja a helyét.

A rendelet maga nem tesz annál többet, mint hogy az NEA vezetőjét utasítja a támogatások feletti végső döntés meghozatalára.[18] Mindamellett id. Bush elnök kinevezett egy bizottságot a Helms-kiegészítést övező vita időszakában, és az általuk kiadott – 1990 szeptemberében, a kongresszusi vita kellős közepén közzétett – beszámolót úgy kell tekinteni, mint az 1990-es rendelet vitájának részét.[19] A beszámoló adottnak veszi, hogy az NEA vezetője továbbra is figyelembe veszi a szakmai kuratóriumok ajánlásait, ám annak érdekében, hogy a támogatások megítélésének felelőssége sokkal jobban az NEA vezetőjének kezében összpontosuljon, a beszámoló azt javasolja a kuratóriumoknak, hogy jóval több támogatásra érdemes jelöltet terjesszenek föl díjazásra.

Milyen szempontokat vesznek majd figyelembe a döntésének meghozatalakor? Ebben a kérdésben az 1990-es rendelet egyértelműen fogalmaz. Arra utasítja az NEA vezetőjét, hogy biztosítsa, hogy „a döntés a pályázatokban megjelenő művészi kiválóság és érdem alapján születik, amely emellett tekintettel van az általános illem *(decency)* szabályai és az amerikai közvélemény sokszínű hitének és értékrendszerének tisztelete által szabott kívánalmakra is (...)."[20] Amikor az 1990-es rendelet az NEA vezetőjét „az általános illem szabályainak" figyelembevételére utasítja, akkor egyben a Helms-kiegészítést az NEA működési szabályát irányító elvvé avatja. Az NEA vezetőjét így már nem köti a *Miller*-teszt, és megtagadhatja a Mapplethorpe-éhoz hasonló vállalkozások finanszírozását, még akkor is, ha egyébként azokra nem vonatkoznának az obszcenitás alkotmányos definíciói, és így nem lehetne ellenük büntetőeljárást indítani. Az NEA vezetője érvelhet úgy,

---

[17] Lásd Independent Commission, Report to Congress on the National Endowment for the Arts 26 (Sept. 1990).

[18] Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101–512, § 106(c), 104 Stat. at 1915, 1968. Az 1990-es rendelet folytatja a pályázatok értékelésének korábbi gyakorlatát, amelynek során szakmai kuratóriumok fogalmaznak meg minden művészeti területen ajánlást arra nézve, hogy az Országos Művészeti Tanács (*National Council of Arts,* az NEA-n belül elnöki kinevezéssel létrehozott tanácsadó testület) kiket támogasson, és a Tanács tesz ajánlásokat az NEA vezetőjének a támogatandó művészek vonatkozásában. Az 1990-es rendelet egyértelmű felhatalmazást ad az NEA vezetőjének, hogy megvétózhassa ezen ajánlásokat, ám a Tanács által nem támogatott pályázatok számára nem ítélhetett meg támogatást.

[19] Lásd: Independent Commission (17. lj.). A Független Bizottságot *(Independent Commission)* a Kongresszus hozta létre, tagjait George H. Bush elnök nevezte ki. Act of Oct. 23, 1989 Pub. L. No. 101–121, § 304(c), 103 Stat. 701, 742.

[20] Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101–512, § 103(b), 104 Stat. at 1915, 1963.

hogy az illető pályázat megsérti „az általános illem szabályait”, és teheti ezt még akkor is, ha a mű a Legfelső Bíróság mércéje szerint megállapítható komoly esztétikai vagy politikai értékkel bír. És ha így érvel, akkor Helms szenátor elérte célját.[21]

---

[21] A Helms-kiegészítés életbe lépését követően John Frohnmayer, az NEA vezetője bevezetett egy olyan szabályt, amely minden nyertes pályázótól megkívánta, hogy azok aláírjanak egy fogadalmat, amelyben kijelentik, hogy tartják magukat a Helms-kiegészítésben foglaltakhoz. Lásd Grants Rule Testimony by Arts Chief. *New York Times,* May 2, 1990, at C13, col. 1. E fogadalom még a Helms-kiegészítésnél is nagyobb felzúdulást váltott ki, és a Nemzeti Művészeti Tanács javasolta, hogy az NEA törölje el a fogadalom aláírásának követelményét. Frohnmayer ezt megtagadta. Sőt, amikor az NEA általános működési támogatást nyújtott egyes művészcsoportoknak vagy galériáknak, és felmerült a gyanú, hogy az általuk létrehozott művek összeütközésbe kerülhetnek a Helms-kiegészítés normáival, az NEA követelte, hogy a támogatottak nyújtsák be minden egyes kiállító művész nevét, illetve minden egyes mű leírását. Ezen intézkedések mintegy megelőlegezték Frohnmayer 1989 novemberében tett lépését, amikor is, kevesebb, mint egy hónappal azután, hogy elfoglalta hivatalát, visszahívta egy AIDS-szel kapcsolatos, „Tanúk: Hogy ne tűnjünk el” *(Witnesses: Against Our Vanishing)* című kiállítás támogatását azon az alapon, hogy a kiállítás túl „politikus” volt. Döntésének indoklásaként utalt a kiállítás katalógusában az egyik részt vevő művész által írt esszére, amely kemény szavakkal kritizálta többek között John O'Connor New York-i bíborost és Helms szenátort a homoszexualitással és az AIDS-szel kapcsolatos álláspontjuk miatt. Frohnmayer így érvelt: „Szilárdan hiszek az emberek Első Alkotmánykiegészítés által védett lehetőségében, hogy elmondhassák véleményüket, de az Alap nem az ilyen szólás támogatásáért van.” Front Page: NEA Chairman Does Turnabout on AIDS Exhibition, *Art in America,* Jan. 1990, at 31. Két héten belül Frohnmayer megváltoztatta döntését, de kikötötte, hogy a támogatás nem fordítható a katalógus kiadására. Arts Endowment Withdraws Grant for AIDS Show, *New York Times,* Nov. 9, 1989, at A1. col. 1; National Arts Chief, in a Reversal, Gives Grant to AIDS Show, *New York Times,* Nov. 17, 1989, at A1. col. 1; Frohnmayer's Folly, *Art Examiner,* Feb. 1990, at 20. Az NEA irányításáról a Helms-kiegészítés időszakában és az 1990-es rendelet valószínűsíthető következményeiről lásd általában Brian Wallis: Bush's Compromise: A New Form of Censorship? *Art in America,* Nov. 1990, at 57. A fogadalomtétel követelménye számos pert eredményezett, melyek kezdeményezői olyan szervezetek voltak, akiknek az 1990-es pénzügyi évben visszatartották a támogatásukat, mert megtagadták a fogadalom aláírását. Az egyik ilyen per azzal ért véget, hogy 1991 januárjában a szövetségi kerületi bíróság Los Angelesben a fogadalom tartalmát alkotmányellenesen homályosnak találta. *Bella Lewitsky Dance Found. v. Frohnmayer,* 1991 U.S. Dist. Lexis 332, No. 90-3616 (D.C. Cal. Jan. 9, 1990). Egy másik per, amelyet a New York-i New School for Social Research indított, azzal ért véget egy hónappal később, hogy az NEA visszavonta a fogadalom kívánalmát az 1990-es pénzügyi évben támogatottak tekintetében. Arts Agency Voids Pledge on Obscenity, *New York Times,* Feb. 21, 1991, at C4. col. 6. Mindamellett az 1990-es rendelet egy rendelkezése értelmezhető hasonló követelményként, amikor megköveteli az NEA által támogatottaktól, hogy „szavatolják, hogy a támogatott vállalkozás megfelel a Rendelet által megkívánt művészi kiválóság és művészi érdem mércéinek”. Arts, Humanities, and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101–512, § 103(g), 104 Stat. 1915, 1964–65 (1990). A rendelet megszabja továbbá, hogy a támogatást az NEA részletekben utalja át, és az utolsó egyharmadot akkor, ha „az NEA vezetője megbizonyosodott arról, hogy a támogatás kedvezményezettje alapvetően betartotta (...) azokat a szabályokat, amelyek betartása feltétele volt a támogatás megítélésének.” Lásd fenn.

II.

A legtöbb vélemény, és talán a Legfelső Bíróság többsége szerint sem jelent semmiféle, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos problémát az 1990-es rendelet ezen illem-mércéje, ám én ezt nem így gondolom. Azzal kezdeném, hogy az állami támogatás nem ajándék, vagy olyan cselekményért járó jutalom, amely a juttatás hiányában is megtörtént volna. A támogatások nemhogy nem fölöslegesek, de teremtő erejük van: az NEA olyan művészeti alkotásokat, előadásokat vagy kiállításokat támogat, amelyek egyébként nem jönnének létre. Ezt többféle módon teszi; például jövedelmet biztosít a művészek részére, hozzájárul a kiállítás költségeihez, vagy ösztönző pályázatokat ír ki a művészek vagy a művészet terjesztői számára. Az Institute for Contemporary Art részére a Mapplethorpe-kiállításhoz nyújtott támogatás például bátorította vagy lehetővé tette a Mapplethorpe-kiállítás létrehozását. A támogatás megtagadása azt eredményezhette volna, hogy a tárlatot elvonta volna a közönség elől, vagy korlátozta volna az ahhoz való hozzáférést. Egy pályázat elutasítása a pályázó művész számára nem jár olyan durva következményekkel, mint a legrosszabb időkben, amikor az obszcenitás vádja nyomán elítélt művész a börtönben búslakodhatott. A közvélemény szempontjából a hatás ugyanakkor hasonló: elzár bennünket a művészettől.

Természetesen kormányzati támogatás híján is létrejöhetnek művészi törekvések, és bemutathatóak a publikumnak. Alternatív források is fellelhetők, mint ahogy lehet, hogy ez történt volna a Mapplethorpe-kiállítás esetében is az Institute for Contemporary Art eredeti pályázatának sikertelensége esetén. Ebben az értelemben egy pályázati források, akár szövetségi támogatások megtagadása révén megvalósuló tiltás nem abszolút és nem univerzális. Harry Kalven kifejezését kölcsönvéve ez egy „részrehajló szankció".[22] Azt hiszem, hogy bízvást elmondható ez a bűnvádi eljárásról is. Egy művész vagy egy múzeumigazgató dönthet úgy, hogy

---

[22] Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 301–3. Kalven megkülönbözteti a büntetőjogi megtorlást (amit közvetlen vagy totális megtorlásnak nevez) a részrehajló megtorlástól, mely megkülönböztetés alapja a motivációban keresendő:

„Egyértelmű, hogy mi az állam célja a büntetőjogi megtorlással. Célja az elítélendő művek megjelentetésének megelőzése; semmi más célja nincs, mint hogy lebeszélje a beszélőt arról, hogy azt

elszenvedi a büntetőjog szabta következményeket (például büntetést fizet, vagy bizonyos ideig börtönben ül), mintsem, hogy a hallgatást válassza. Vagy pedig, ahogy az a Mapplethorpe-esetben nyilvánvalóvá vált, a büntető szankciónak földrajzi korlátai lehetnek, mivel a büntetőtörvény érvényesítése jórészt a tagállamok és a kisebb közigazgatási egységek feladata, amelyek hatásköre korlátozott. A Mapplethorpe-kiállítás Cincinnatiben obszcenitás vádjával történő vádemelést eredményezett, de sem Philadelphiában vagy Hartfordban, ahol korábban volt látható, sem Bostonban, a kiállításkörút következő állomásán nem vezetett ilyen eredményre.

Ily módon helytálló következtetésnek tűnik, hogy egy támogatás megtagadásának a közvéleményre gyakorolt hatása nagyjából megegyezik a művész ellen indított vádemelés hatásával, mivel mindkettő hallgatást parancsol a művésznek, vagy – a kiállítások esetében – elérhetetlenné teszi a művész munkáját az átlagos múzeumlátogató közönség számára. Bonyolódik azonban a helyzet, ha az alkotmányosságnak okozott kárt akarjuk felmérni. A büntetőjogi kontextusban a kár pusztán mennyiségileg is meghatározható a közvéleményhez potenciálisan eljutó megnyilvánulások átlagos mennyiségének tükrében. Valóban, az obszcenitásra hivatkozó vádemelésre adott válaszunkat főként az az ismert nézet motiválta, hogy minél több a szólás, annál jobb; az obszcenitás háromelemű definíciójának szerepe az, hogy az elnémító hatást az abszolút minimumra korlátozza. A támogatások esetén ugyanakkor egy további elem is fontos a kár azonosításához, mert a szűkösség a döntési folyamatot elosztási folyamattá alakítja.

Mindig több pályázó lesz, mint ahánynak a kormányzati forrásokból juthat, és így versengeni fognak a támogatásokért. Az egyiknek juttatott támogatás egy másik pályázótól való megtagadás is egyben. A Mapplethorpe-kiállításnak nyújtott pályázati összeg növelte annak a lehetőségét, hogy a művek eljussanak a közönséghez, viszont ugyanezen összegtől más művészek elestek, így csökkentve annak lehetőségét, hogy munkáik eljussanak a publikumhoz, és így ők bizonyos értelemben el lettek hallgattatva. Ellenkező esetben, ha nem kapott volna a kiállítás támogatást, Mapplethorpe munkája csak korlátozottabban találhatott volna utat a közönséghez, és feltételezhetjük, hogy az így felszabadult források nem parlagon hevertek volna, hanem azokat megkapta volna egy másik művész, akinek a mun-

mondja, amit mond. Ezzel ellentétben létezik egy másik típusú helyzet is, amikor a tét csupán valamiféle előnyben részesítés, és az állam célja – és motivációja – ekkor messze nem egyértelmű."

Lásd fenn, 301. Úgy tűnik azonban, hogy ez a megkülönböztetés az állam céljainak téves jellemzésén, vagy talán azok tökéletlen leírásán alapul. Az állami vádemelés büntetőjogi kontextusban fenyegethet a szólás elnémításával, mint azt Kalven hangoztatja, ám célja, motivációja jóval összetettebb, és valójában nem különböző, vagy nem kevésbé kétértelmű, mint a támogatás kontextusában. Például kijelenthető, hogy az obszcenitás-vádemelés célja vagy motivációja nem a beszéd elnémítása; hanem cél lehet a szexualitás vagy a morál normáinak megőrzése vagy védelme, vagy a szexuális erőszak vagy más szexuális támadások megelőzése, ami viszont megkívánhatja a szólás korlátozását.

kája így több emberhez jutott volna el. Eszerint az az elhallgattatás, melyet a támogatástól való megfosztás okoz, másfajta természetű, mint a vádemeléssel okozott hallgatás. A különbség abból származik, hogy az elhallgattatás természetes velejárója minden döntésnek, ahol szétosztásról határoznak.[23]

Ezen a ponton nagy a csábítás, hogy felhagyjunk a hatás elemzésével és a büntetőjogi kontextussal szemben inkább tisztán procedurális fogalmak szerint definiáljuk az alkotmányos kárt. Míg a büntetőjogi kontextusban a kár az elnémító hatásból származik, amelyet az obszcenitás alkotmányos definíciója igyekszik a minimumon tartani, a szétosztás kontextusában nem a némító hatás a baj, hanem az az ok vagy kritérium, amely alapján a szóban forgó szétosztás történt. Ezen nézet szerint az Első Alkotmánykiegészítés egy szabállyá zsugorodna, amely kimondja, hogy a választás a támogatásért jelentkezők között nem történhet tiltott kritérium alapján.

E nézetet támogatandó, azzal az alkotmányos doktrínával vonhatunk párhuzamot, mely a nők és a bőrszín alapján megkülönböztetett kisebbségek számára szűkösen hozzáférhető javak – mint mondjuk a munkahely – szétosztására vonatkozik. E kontextusban a Legfelső Bíróság felhagyott a kései 1960-as és korai 1970-es években kezdett gyakorlatával, és az 1976-os *Washington v. Davis*-esetet követően azt az álláspontot foglalta el, hogy az alkotmányos kár nem a hatásban (az alkalmazás megtagadása), hanem a tiltott kritérium (rassz vagy nemi hovatartozás) használata révén áll elő.[24] Nehezen felfogható számomra a Legfelső Bíróság

[23] A pornográfia ellen indított feminista támadás a közelmúltban – amit a 4. fejezetben elemzek – a nőket szexuális tárgyként ábrázoló kiadványok szabad terjesztését részben felelősnek tartja a nők elhallgattatásáért. Lásd általában Catharine MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law.* Harvard University Press, 1987. 127–213. Maga a szólás, és nem az állam cselekvése felelős az elhallgattató hatásért, azon elmélet alapján azonban, mely az állam nem-cselekvését is cselekvésként értelmezi, a felelősség visszavezethető az államra azon döntése által, hogy a kérdéses esetekben nem emel vádat. Bár sok szempontból rokonszenvesnek találom ezt az állítást, ettől még az képtelen a szétosztó és a büntetőjogi kontextusok elkülönítésére. A feministák által hangsúlyozott elhallgattató hatáshoz hasonló dolog érhető tetten, amikor egy támogatást megítélnek, így egy támogatás bizonyos művészekre kétféle módon is elhallgattató hatással lehet – az egyrészt azáltal, hogy egyes művészek nem kapják meg a támogatást, másrészt pedig a támogatást élvező műalkotások ingyenes terjesztése révén.

[24] Összehasonlításként vesd össze például *Gaston County v. United States,* 395 U.S. 285 (1969); *Griggs v. Duke Power Co.,* 401 U.S. 424 (1971); *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.,* 402 U.S. 1 (1971) és *Keyes v. School Dist. No. 1.,* 413 U.S. 189 (1973) ezzel: *Washigton v. Davis,* 426 U.S. 229 (1976); *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Hous. Dev. Corp.,* 429 U.S. 252 (1977); *Personnel Adm'r v. Feeney,* 442 U.S. 256 (1979) és *Wards Cove Packing Co. v. Atonio,* 490 U.S. 642 (1989). A Legfelsőbb Bíróság ezt a procedurális megközelítést olykor a „motivációra" vagy „szándékra" alkalmazza, kevésbé a „kritériumra" vagy „alapra". Erről az elmozdulásról az iskolák kontextusában lásd az állásfoglalásomat: Second Circuit's Annual Conference, 74 *Federal Rules Decisions* 219, 276 (1976); és a cikkemet: School Desegregation: The Uncertain Path of the Law. 4 *Philosophy and Public Affairs* 3 (1974).

ezen irányváltása az egyenlő védelem vagy a hátrányos megkülönböztetés eseteiben, és még ennél is problémásabbnak tartom, amikor azt a szabad szólással összefüggésben alkalmazzák.

Míg a hátrányos megkülönböztetés kontextusában még lehetséges számba venni a tiltott kritériumok (bőrszín, vallás, nemzetiség, nem stb.) véges és jól ismert listáját, a szabad szólás kontextusában nem nagyon adódik efféle kézenfekvő lista. Milyen kritériumokat tilt meg az Első Alkotmánykiegészítés? Egy esetben, mely egy könyvtárral volt kapcsolatos, Brennan legfelső bírósági bíró hasonló dilemmával szembesült, és hogy tiszteletben tartsa a tartalmi semlegesség általános normáját, a tiltott kritérium két felfogását alkalmazta: egyet nem értés egy gondolattal; és a vágy az illető gondolat elfojtására. Úgy érvelt, hogy a könyvtár döntése egy könyv gyűjteményből való eltávolításáról nem hivatkozhat arra, hogy nem ért egyet a könyvben foglalt gondolatokkal és hogy vágya, hogy elfojtsa a szóban forgó gondolatokat.[25] Mint minden elosztási kérdés ügyében, a könyvtárbeszerzések és a gyűjteményből való eltávolítás eseteiben is világossá kell tenni, hogy mely osztályozási elv alapján tesznek bizonyos műveket hozzáférhetővé az olvasóknak, és melyek alapján nem tesznek hozzáférhetővé. Nem teljesen világos, hogy az Első Alkotmánykiegészítés miért tiltaná, hogy e döntés a nézetek elfogadásának vagy elutasításának szempontján alapuljon, vagy egyéb, a könyvek tartalmára adott reakción. Az elosztás kontextusában a tartalommal kapcsolatos semlegességnek nincs sok értelme, minthogy mindig választani kell a versengő gondolatok közül, és az erre a feladatra szerződtetett tisztségviselőnek a tartalmakat kell szemügyre

[25] *Board of Educ. v. Pico,* 457 U.S. 853 (1982). Ebben az esetben Brennan bíró, a bíróság többségének véleményét tolmácsolva ezt írta: „Ha a keresetet benyújtóknak az eltávolítást elrendelő döntéssek *az volt a szándékuk,* hogy megakadályozzák az alperesek hozzáférését olyan gondolatokhoz, amelyekkel a felperesek nem értettek egyet, és ha ez a szándék volt a döntő tényező a döntésükben, akkor a felperesek a rájuk bízott feladatot alkotmánysértő módon végezték." Lásd fenn, 871. (lábjegyzetek elhagyva). Érvelését egy megengedett kritérium azonosításával folytatta: „Másrészt viszont az alperesek hallgatólagosan elismerik, hogy *nem* lenne tetten érhető az alkotmányellenes motiváció, ha kimutatható lenne, hogy a felperesek azért döntöttek a könyvek eltávolítása mellett, mert azokat teljesen áthatotta a vulgaritás." Lásd fenn. Általában véve Brennan bírónak az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos felfogása, amely ebben az esetben is megmutatkozik, azon a meggyőződésen alapul, hogy meg kell védeni a nyilvánosság hozzáférését a vitatott gondolatokhoz, és hogy el kell kerülni a szemellenzős szemléletet. Az, hogy a *Pico*-ügyben a döntéshez használt kritériumon volt a hangsúly, nem összeegyeztethető e megközelítéssel, mint arra Rehnquist bíró is utalt különvéleményében. Lásd fenn, 915–18. Rehnquist bíró szabad kezet adna az államnak a támogtaások odaítélésében, azt az esetet kivéve, amikor kimutatható, hogy hogy a döntés „elsődleges célja 'veszélyes gondolatok elfojtása' volt." *FCC v. League of Women Voters,* 468 U.S. 364,407 (1984) – Rehnquist bíró, különvélemény. Idézi többek között *American Communications Ass'n v. Douds,* 339 U.S. 382, 402 (1950). Egy későbbi esetben, *Rust v. Sullivan,* 500 U.S. 173 (1991) Rehnquist bíró többséget szerzett véleményének, amely hatályban tartotta azt az intézkedést, amely megtiltotta a szövetségi alapok igénybevételét az abortusszal kapcsolatos segítséget, ügyintézést és tanácsadást nyújtó családsegítő szolgálatoknak.

vennie. Nyilvánvaló, hogy könyvek beszerzésének vagy a művészeti díjakat kiosztásának a tartalom alapján kellene történnie.

Sőt mi több, még ha a tiltott kritériumot valamely sajátosság alapján azonosíthatnánk is, akkor is rendkívül körülményes lenne az elosztási kritériumokra nézve Első Alkotmánykiegészítés-szempontú megközelítést alkalmazni. Ez különösen igaz az 1990-es NEA-rendelet által elosztott támogatásokra. E megközelítés maga után vonja a döntés okainak vagy alapjának vizsgálatát, és ahogy azt már tudhatjuk a hátrányos megkülönböztetés kontextusából, egy elosztási döntés esetében nem mindig lehetséges minden kétséget kizáróan megállapítani, hogy az milyen konkrét meggondoláson alapszik. Képzeljük csak el, hogy egy szakmai kuratórium az NEA vezetőjének benyújtott ajánlásában egy tucat művészt terjeszt fel, akik közül azonban csak egy támogatására van lehetőség. A vezető meghozza döntését, aztán a pályamű „művészi kiválósága" alapján indokolja azt. Hogyan lehet a bíróság biztos abban, hogy a vezető döntésében valóban ez volt a döntő elem, és nem valamely más (még nem azonosított), tiltott kritérium alapján döntött, vagy – hogy Brennan bírónak a könyvtáras esetben használt kifejezésével éljünk – nem valamely „alkotmányellenes motiváció" ösztökélte a vezetőt döntése során? Nyilvánvaló, hogy a jogrendszer képes megküzdeni az ilyen kérdésekkel azáltal, hogy vélelmeket fogalmaz meg, vagy különféle szabályokat alkot a bizonyítás terhével kapcsolatban, ám ezen eljárásokban változatlanul tükröződik valamelyest a hatások vagy befolyásoló tényezők ismerete. Hasonlóan, a jogrendszernek vissza kell nyúlnia a hatás fogalmaihoz, ahogy azt tette a hátrányos megkülönböztetés kontextusában a *Washington v. Davis* esetben, hogy megbirkózzon a többtagú döntéshozó szervezetek kérdésével (egy döntéshozó tiltott kritérium alapján dönt, míg a többiek nem tiltott alapján) vagy pedig a vegyes motiváció kérdésével (amikor az elosztásról határozó döntés csak részben alapult tiltott kritériumon).

Egy adott szemléletmód elméleti alapjait szintén nem könnyű a döntési kritériumok alapján megérteni. A hátrányos megkülönböztetés kontextusában a kritérium megközelítésmódja az egyéni méltányosság szempontjain nyugszik – önkényes dolog bárkit megítélni egy olyan kritérium alapján (mint például a bőrszín vagy a nem), amelynek nincs azonosítható szerepe a produktivitásban, és amely fölött az illetőnek nincs hatalma. Megítélésem szerint az egyenlőség alkotmányos ideálját elhibázott gondolat az egyéni méltánytalansággal kapcsolatos megfontolásokra alapozni,[26] és legyen bármilyen használható e redukció a hátrányos megkülönböztetés kontextusában, a szólás kontextusában használhatatlan. Az Első Alkotmánykiegészítés szavatolja a kollektív önrendelkezést, amely módszer révén biztosra vehető, hogy az emberek tudni fogják mindazt, amit tudniuk kell ahhoz, hogy szuverén előjogukat gyakorolják, és emiatt a közbeszédre kell összpontosíta-

---

[26] Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

ni, nem pedig azokra a folyamatokra, amelyek révén az létrejött.[27] Az alkotmányosságnak okozott kár a gondolatok és eszmék elzárása a közvéleménytől, nem pedig a méltánytalan bánásmód a beszélővel szemben, és ennek következtében kevés elméleti értelme van azon töprengeni, hogy mi lenne a nyilvánosságtól a gondolatokat elzáró cselekvés alapjául szolgáló alap vagy kritérium. Ahogy Rehnquist bíró mondta a könyvtári esetben, csak hogy bevigyen egy jól irányzott ütést a vitában: „Ha Brennan bíró valóban alkotmányos jognak ismeri el az információhoz való jogot, kérdéses, hogy miért számít bármit is a megtagadás oka."[28]

A hátrányos megkülönböztetés kontextusában egyesek azon az alapon védték a kritériumalapú megközelítést, hogy az fenntartja az állami semlegességet: ha a döntés valamely érdemhez kötődő, meritokratikus alapon születik, ahogy például a standardizált tesztek esetén történik, az állam semleges maradhat bőrszín kérdésében, még akkor is, ha neki kell választani a munkára jelentkezők közül. Hasonló megfontolás az alapja a kritériumon alapuló eljárás alkalmazásának a vallással összefüggésben is, annak érdekében, hogy fennmaradjon az állam és az egyház szétválasztása. A szólás területén is lehet szerepe, amikor is azt várjuk az államtól, hogy maradjon semleges a versengő véleményekkel szemben, és amikor feltételezhető, hogy a semlegesség csak úgy érhető el, ha a szétosztás alapjául olyan meritokratikus kritériumok szolgálnak, mint a „művészi kiválóság".

E feltevésnek azonban nincs semmi alapja. A szólás kontextusában a semlegesség ideálja nem csupán azt kívánja az államtól, hogy tartózkodjon a vélemények közötti választástól, hanem azt is, hogy ne formálja a közbeszédet egyik vagy másik vélemény előnyben részesítése által. Az államnak a „felvilágosult parlamenter" (*high-minded parlimanetarian*) szerepében kell cselekednie, meggyőződve arról, hogy minden vélemény és szempont teljesen és méltányosan megjelent. Az elosztás kontextusában az állam döntése szükségképp befolyásolni fogja, hogy mely vélemények jutnak el a nyilvánossághoz, és az állam semlegességi kötelme megkívánja, hogy biztosítsa a közéleti vita lehető legnagyobb gazdagságát és sokszínűségét. A meritokratikus kritérium használata nem ment fel e kötelezettség alól, minthogy érdektelen a döntésnek a közbeszédre gyakorolt hatásával kapcsolatban.

Láthattuk a hátrányos megkülönböztetéssel összefüggésben, hogy egy látszólag semleges kritérium nem eredményez semleges kimenetelt. Egy meritokratikus kritérium, mint a standardizált teszt, még mindig eredményezhet hátrányos meg-

---

[27] Az 1. és a 2. fejezet az Első Alkotmánykiegészítés különféle elméleteit tárgyalja, és az Első Alkotmánykiegészítést inkább a kollektív önrendelkezés eszközének tartja, mint az egyéni önkifejezés eszközének. Az olyan témák számbavételéhez, amelyek e fejezetek megírása közben, illetve megírásuk óta történtek, lásd Paul STERN bámulatos írását: A Pluralistic Reading of the First Amendment and Its Relation to Public Discourse. 99 *Yale Law Journal* 925 (1990).

[28] *Pico,* 457 U.S. at 917 – Rehnquist bíró, különvélemény.

különböztetést, mivel a kisebbségeket hátrányos helyzetbe hozhatja. Hasonlóképp, a szólás kontextusában az olyan meritokratikus kritérium, mint a „művészi kiválóság" használata – azt meghatározván, hogy ki jut szóhoz – elhallgattathat véleményeket vagy rombolhatja a közbeszédet. Természetesen, hogy ez mikor következik be, függ a meghatározott tartalomtól, tekintettel a „művészi kiválóság" (meglehetősen tág) fogalmára, továbbá a közbeszéd körülményeire és szükségleteire.

Ezen okok miatt a bíráskodásnak nem szabad magáévá tennie a kritériumokon alapuló szemléletet, amikor elosztásról vagy az állami hatalom más, támogatást nyújtó gyakorlásáról rendelkezik. Ezzel szemben a hatásokra kell összpontosítania, különösen arra a hatásra, amelyet az állami hatalom gyakorol a közéleti vitákra. Egy olyan esetben, mint a Mapplethorpe-ügy, a támogatás megtagadása szegényítené a közbeszédet, mivel újratermelődne a vaskalaposság egy olyan fontos jelenkori kérdés ügyében, mint a meleg közösség státusa, és ezen elutasítás alapja, legyen az esztétikai, ízlésbéli vagy ideológiai, nem rendelkezik alkotmányos jelentőséggel. Az obszcenitás-vádemelésből származó alkotmányos kár az államhatalom efféle gyakorlásának a közbeszédre gyakorolt következményéből fakad; és bár a szűkösségi faktor miatt a támogatást mint helyzetet jellemzi egy analitikus sajátosság, ettől még az állam cselekvésének hatására kell összpontosítani. A két helyzet közti különbség nem a hatás feletti aggodalmak felfüggesztését kívánja, hanem a hatás jóval finomabb megközelítését és az elosztási kontextus egy kvalitatívabb szemléletét: a bíróságnak meg kell határoznia, hogy a megkérdőjelezett elosztási döntés milyen hatással lett volna a közéleti vitákra. Egy ma már talizmánszerű formulát használva, a bíróságnak meg kell tudnia határozni, hogy az elosztási döntés révén a közéleti kérdések megvitatása „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott"[29] lesz-e, vagy az éppen ellenkező hatást vált ki.

[29] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 270 (1964).

III.

Az elosztási döntéseket vizsgáló, a hatásokra összpontosító megközelítésnek megvannak a maga problémái. Egyfelől szükséges hozzá a közvélemény napirendjének érzékelése; hogy melyek azok a témák, amelyek foglalkoztatják a nyilvánosságot, és amelyek lehetséges, hogy valamely szándék révén kerültek az érdeklődés homlokterébe. E megközelítés ezen kívül megkívánja a közbeszéd teljesítményének értékelését, ami nem abból áll, hogy kinek van igaza és kinek nem, hanem annak vizsgálatából, hogy a témához kötődő összes fontos álláspont teljesen és méltányosan jelent-e meg a vitában, ami alapján az emberek valódi döntéseket hozhatnak. Ezeknek az értékeléseknek figyelemmel kell lenniük a téma konkrét körülményeire, és ezért olykor igen fáradságos feladatnak tűnnek. Ám az Alkotmány legnagyszerűbb kívánalmai megkövetelik ezen értékeléseket, és ezek a mi hatáskörünkbe tartoznak. E döntések tulajdonképpen analógnak mondhatók azokkal, amelyeket nemzetünk egyetemeinek legkiválóbb oktatói hoznak meg az osztálytermi viták strukturálásakor. Efféle értékelések rejlenek a Mapplethorpe-vitát összefoglaló elemzésünkben: az NEA-támogatás megtagadásának hallatlan botránya abból ered, hogy folytatja és újratermeli a meleg közösséget kirekesztő vaskalaposságot. Még azok is elismerik ezt, akik e vitában a cenzúra oldalán állnak; igazság szerint ők pont ezt akarják.

A hatásra összpontosító megközelítés által alkalmazott értékelésnek számos analóg példája ismert a jogban, nem csak a hátrányos megkülönböztetés eseteiben, hanem olyan, látszólag távoli példákban, mint a versenyjog, amikor egy bíró állapítja meg egy adott piac paramétereit, vagy a jogsértő károkozás feletti ítélkezés során, amikor a bíró a tudományos lehetőség határait vizsgálja, hogy meg tudja ítélni egy briliáns védelem indokait. Kétségtelen, hogy lehet okunk húzódozni az efféle értékeléseknek a szólással kapcsolatos bíráskodás területére való beemelése ellen, mivel attól tarthatunk, hogy a bíráskodási hatalom a közvéleményt szűkítő eszköz lesz, ahelyett, hogy tágítaná azt, vagy még rosszabb, hogy egy meghatározott érvet előnyben részesít egy másikkal szemben. E veszély mértékének helyes megítéléshez két dolgot kell tekintetbe vennünk.

Először is, a bíróságok nem légüres térben ítélkeznek, hanem egy kritikus közösség árgus szemei előtt teszik a dolgukat, és itt nemcsak a jogászokra és a sajtóra kell gondolni, hanem a nemzetközi művészeti világ vezetőire. A Mapple-

thorpe-botrány figyelemreméltó volt abbéli teljesítményét tekintve, hogy milyen mértékben tudta a művészvilágot mozgósítani, és országszerte hány színházat és múzeumot tudott megmozgatni. Ha egy támogatási döntés ügyében bírósági felülvizsgálat válik szükségessé, e közösség tagjai részt vehetnek az eljárásban, mint ahogy tették a cincinnati perben is, hogy segítsenek a bíróságnak helyesen megítélni a támogatástól megfosztott mű politikai és esztétikai jelentőségét. Vagy mozgósíthatják a közvéleményt, ahogy azt tették a Helms-kiegészítésekre válaszul, hogy biztosak legyenek abban, hogy a bíróság nem bújik ki kötelessége alól, vagy nem válik a cenzúra eszközévé, amikor a hatásra összpontosító mérce szerint vizsgálja az NEA gyakorlatát. A bíróságok a politikai felelősséggel rendelkező intézményekhez mérve kevésbé reagálnak az efféle kritikákra, ám nem is immunisak azokkal szemben.

Másodszor, a hatásokra figyelő megközelítés elutasítása és a hajlandóság arra, hogy a források elosztását a döntés kritériumai alapján ítéljék meg, pont ugyanezen kockázatokat rejtené magában – nevezetesen, hogy a bíróságok egy vaskalaposságot fenntartó szándék eszközeivé válnának –, csak még kirívóbban. Mivel nyilvánvalóan nehézkes a döntés valódi okait feltárni és az azonosított okot kétségbe vonni, e folyamat során az NEA előnyére fog lejteni a pálya, és így csaknem változatlanul az Alap intézkedéseinek jóváhagyásához vezet majd.

Még a hatásra összpontosító megközelítés esetében is valószínű, hogy az állami hivatalnokok a támogatások megítélése során folytatják a „művészi kiválósághoz" hasonló meritokratikus ismérvek használatát. Az NEA kiválasztja majd azt a pályázót, akit vagy amelyet a legjobbnak vagy a legméltóbbnak talál. Az Alapnak ugyanakkor meg kell értenie, hogy a kiválóság általa alkotott mércéit vagy értelmezni kell, vagy meg kell őket változtatni az erőteljes közéleti vita iránti alkotmányos elkötelezettség okán. Amikor egy olyan kritériumot, mint a „művészi kiválóság", úgy használnak, hogy annak eredményeképp a nyilvánosság eszmecseréiből hiányzó gondolatokat és álláspontokat kifejező művészeti alkotások nem jutnak el a nagyközönséghez, ezáltal korlátozva a közéleti vitákat, akkor a kritériumot úgy kell átalakítani, hogy az összeegyeztethető legyen az Első Alkotmánykiegészítés céljaival.[30]

Az érdemmel kapcsolatos megfontolásoknak szintén van szerepük, amikor a bíróság elé kerül az elutasított pályázat felülvizsgálati ügye. Mint a korai hátrányos

[30] Ha egy bizonyos meritokratikus kritériumot úgy használunk, hogy az hatékonyabbá teszi a művészeknek juttatott támogatások feletti döntések delegálását, akkor az lehet, hogy – tekintetbe véve a művészvilág természetének egyes jellemzőit – eléri a kívánt hatást: az életerős közéleti vitát. Ebben a rendszerben a hatás marad az alkotmányos kár próbaköve, a kritériummegközelítés pedig pusztán instrumentális okok miatt indokolt, és bármikor eltörölhető, amikor nem hozza az elvárt eredményt.

megkülönböztetési esetekben, amikor a Legfelső Bíróság a hatásokat vizsgálta,[31] a művészi kiválóságra való hivatkozás szolgált egy nem kívánt hatást (a vaskalaposság fennmaradását) előidéző cselekvés igazolásául vagy védelméül. A művészi érdem mint a védelem érve, rögzíti a szóban forgó hatás elhárításához fűződő állami kötelesség külső határát, és hogy ez a korlát pontosan hol húzódik, az függ a szóban forgó hatás súlyától és az állami cselekvés igazolásának sürgősségétől. A szólás területén a hatás figyelemmel kísérésének kötelezettsége – hasonlóan a bőrszínnel kapcsolatos ügyekben tapasztalhatóakhoz – nem jelenti az érdem érvényesülésének végét. Amit jelent, az vagy a támogatási döntések alapjául szolgáló érdem-fogalmak felülvizsgálata, vagy pedig, fájdalom, azon értékek feláldozása, amelyet azok az érdem-fogalmak tartottak fenn, amelyek a demokratikus céljainkhoz méltó közéleti vitákat létrehozó alkotmányos célkitűzéseket nem foglalják magukba, vagy éppen ellentétesek azokkal.

Annak meghatározásához, hogy valóban megtörténik-e ezeknek a bizonyos értékeknek a feláldozása, és hogy mekkora lenne ez az áldozat, fontos megértenünk, hogy a művészet általában hogyan fejti ki oktató-nevelő tevékenységét: ez nem egy meghatározott nézet kifejtése által történik, mint a kereskedelmi célú hirdetésekben vagy a politikai propagandában; a művészet arra készteti a befogadót, hogy egy ismerős témát egy új szemszögből vegyen szemügyre, vagy egy ismeretlen témát hoz a látóterébe. A legjobb művészet arra késztet bennünket, hogy latolgassuk, újraértékeljük vagy felfüggesszük a köznapi vélekedéseket, és elutasítsuk a reflektálatlan feltételezéseket és várakozásokat. Szubjektíve a művészet a modortalan kíváncsiskodás attitűdjét provokálja, objektíve a tapasztalat vagy egy téma – Mapplethorpe esetében a szexualitás – olyan aspektusait tárgyalja, amelyek korábban rejtve maradtak, vagy amelyről téves nézetek terjedtek el. A legjobb művészet gazdagítja a közbeszédet, de nem úgy, ahogy Sztálin elképzelte, hanem úgy, hogy felnyitja szemünket, és így megváltoztatja azt, ahogy látjuk és értjük a világot.

A Mapplethorpe-kiállítást semmiképp sem lehetett a homoszexualitás vagy a melegek életének egyszerű és nyilvánvaló ünneplésének tartani, és nem is ez alapján számíthatott a közvélemény támogatására. A Mapplethorpe-kiállítás a közfigyelem homlokterébe helyezte a meleg közösséget, de csak azért, hogy bonyolultabbá tegye e kérdéssel kapcsolatos nézeteinket. Nyilvánvaló, hogy a fotográfiák a meleg szexualitás dacos állásfoglalásai voltak, ám valami másról is szó volt bennük. Az a mód, ahogy a témáikat megjelenítették, klasszikusan egyszerű kompozíciók és az érzéki felületeket makulátlanul tiszta és pontos elrendezése által, di-

[31] Lásd *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); Owen M. Fiss: A Theory of Fair Employment Laws. 38 *University of Chicago Law Review* 235 (1971); Owen M. Fiss: Gaston County v. United States: Fruition of the Freezing Principle. 1969 *The Supreme Court Review.* 379; Figyelemmel erre: Seth Kreimer: Reading the Mind of the School Board: Segregative Intent and the De Facto/De Jure Distinction. 86 *Yale Law Journal* 317 (1976).

vatfotókra emlékeztető módon, azzal a hatással járt, hogy az ábrázolt jelenetek beállítottnak és színpadiasnak tűnnek, mintha a résztvevők csak mások számára adnának elő valamit, mintha csak az öntudatuk attól függene, hogy miképp jelennek meg mások szemében. E képek párhuzamot sugallnak egyrészt a színpadias szexualitás – aminek meglehet, épp annyi köze van a pózoláshoz vagy épp a fájdalomhoz, mint az érzelmekhez[32] – és aközött, hogy milyen a melegek társadalmi helyzete ma Amerikában; egyszerre marginalizált, és van kitéve a többség árgus és gúnyos figyelmének. Átsétálva a kiállításon, a látogatóban felmerülhet a kérdés, hogy vajon a homoszexuális gyakorlat magába olvasztotta-e a társadalmi marginalizációt; azaz hogy talán a homoszexuális önképet a közvélemény undora és a szégyenkezés rombolja és torzítja. Mapplethorpe képei nem voltak a homoszexualitás vagy bármi más propagandisztikus hirdetésének tekinthetők, de arra invitáltak bennünket – mindannyiunkat –, hogy a homoszexuális orientációval és gyakorlattal kapcsolatos elképzeléseinket és hozzáállásunkat felülvizsgáljuk. Semmiféle művészi vagy demokratikus érték feláldozására nem került sor. Mapplethorpe fotográfiái egyszerre voltak nagy művészeti alkotások és nagy leckék, és összességében egy ihletett hozzájárulást jelentettek az olyan közéleti vitákhoz, amelyek azt ígérik, hogy „korlátlanok, erőteljesek és szélesre nyitottak".

Természetesen fennáll a veszély, hogy az állam úgy reagál az efféle ellentmondásos és provokatív művektől a támogatást megtagadó döntés bírósági felülvizsgálatára, hogy úgy ahogy van, kivonul az adott kulturális területről. Az állam felhagyhat a támogatási programmal, vagy legalábbis radikálisan csökkentheti azt, mely esetben a szólás még nagyobb vesztes lenne annál, mint ha az állam egyszerűen csak megtagadja a vitatott művészek támogatását. A Mapplethorpe-botrány valóban az NEA-nek utalt állami források mértékének jelentős csökkentését eredményezte az 1989-es támogatási rendeletben, és feltüzelte azokat a hangokat – amelyek a mai napig hallhatóak –, melyek szerint az államnak ki kell vonulnia a művészet támogatásából.[33] A büntetőjogi kontextusban nem fenyeget ehhez mérhető veszély, mivel az állam visszavonulása – az obszcenitási rendelet alapján nincs vádemelés vagy hatályon kívül helyezés – számít a bevett, a szólást támogató doktrínának.

---

[32] Ahogy a védelem által felvonultatott egyik tanú mondta a cincinnati perben, amikor az „X, Y, Z sorozatban" bemutatott szadomazochisztikus képekről kérdezték: „a fotográfia fizikai szépsége és az ábrázolt jelenet durvasága között fennálló feszültség az, ami ennek a műalkotásnak az értékét adja." Andy Grundberg: Critics Notebook: Cincinnati Trial's Unanswered Question. *New York Times,* Oct. 18, 1990, at C17, col. 3 (Jacquelynn Basst, a University Art Museum in Berkeley, California igazgatóját idézi).

[33] Lásd H.R. 209, 104th Congr., 1st Sess. (1995); 135 Cong. Rec. H3637 (daily ed. July 12, 1989) – Rohrabacher képviselő nyilatkozata; William Safire: Stop Subsidizing the Arts. *New York Times,* May18, 1990, at A31, col.6.

Nekem ugyanakkor úgy tűnik, hogy a büntetőjogi és az elosztási kontextusok közti különbségek az óvatos eljárást kívánják meg, és nem pedig azt, hogy esetükben különbözzenek a mércék vagy az általános megközelítések. A művészeti támogatások általános csökkentése nem szükségszerű, hanem esetleges körülmény. A bíráskodás nem veheti adottnak, hogy e csökkenés bekövetkezik, sőt, mindent meg kell tennie azért, hogy az ne következzen be, mindig nyitva tartva azt a lehetőséget, hogy ha minden világok legrosszabbika elérkezik, akkor az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek védelmében esetleg el kell rendelnie e művészeti költségvetések befagyasztását vagy épp emelését. Az Alkotmány úgy rendelkezik, hogy a kongresszus nem hozhat törvényeket a szabad szólás korlátozására, azonban a heccelő vétója esetén, amikor egy beszélő ki van szolgáltatva egy haragos tömeg kénye-kedvének, az államnak az a döntése, hogy nem cselekszik – hogy úgy ahogy van, kivonul a művészet támogatásából –, lehet maga is olyan döntés, amelyet az Első Alkotmánykiegészítés tilt.[34] A törvényhozásnak biztosított széles jogkör a költségvetési döntések területén nem alkalmazható úgy, hogy alkotmányos célokkal ütközzön, vagy konkrétabban, hogy ütközzön a bíráskodás abbéli erőfeszítéseivel, hogy e célok elérését a törvényhozás által létrehozott programoknak és azok végrehajtó hatalom általi irányításának felülvizsgálata révén mozdítsa elő.

Az iskolai szegregációs ügyek területén az erőteljes bírói beavatkozás azzal a kockázattal fenyegetett, hogy az iskolaszékek inkább bezárják az iskolákat, mintsem hogy integrálódjanak. Ugyanakkor figyelemreméltó, hogy egy harmincéves időszak alatt, melynek folyamán ezer és ezer bírósági szegregációellenes határozat született, ez a kockázat csak két vagy három alkalommal vált valósággá, és ezek mindegyikében a bíróság valahogy úgy találta, hogy jogában áll elrendelni az iskolák újbóli megnyitását.[35] Ezt a hatalmat nem törte meg a frázisszerű kijelentés, miszerint „az Alkotmány nem szavatol jogot a közoktatásra" (mely némileg eltérő formában újra felbukkant a művészet kontextusában);[36] sőt, a Legfelső Bíróság megerősítette e bíráskodási hatalmat 1990-ben egy Kansas City-beli iskolával kapcsolatos esetben, melyben a szövetségi bíróság adóemelésre utasította az államot,

[34] Lásd 1. fejezet, III. rész, és KALVEN i. m. (26. lj.), 89–91, 97–100.; lásd még a 27. lj.-ben; két helyzetet tárgyal, a gyűlöletbeszédet és a pornográfiát, amelyben az állami cselekvés elmaradása cselekvésnek tekinthető.

[35] Lásd *Griffin v. County School Bd.*, 377 U.S. 218 (1964); *Lee v. Macon County Bd. of Educ.*, 231 F. Supp. 743 (M.D. Ala. 1964); lásd szintén *United States v. Plaquemines Parish School Bd.*, 291 F. Supp. 841 (E.D. La. 1967) – az iskolaszék nem csökkentheti a szegregációt megszüntető integrált iskolák rámogatását, hogy a fehérek átmenjenek szegregált magániskolákba.

[36] Lásd például Independent Commission (17. lj.), 85. – A Jogi Tanácsadó Testület egyhangúlag megfogalmazott nyilatkozata, miszerint „a szövetségi kormányt nem kötelezi az alkotmány a művészetek támogatására".

hogy az abból befolyó összegből finanszírozza a bíróság szegregációellenes programját.[37]

Mint tisztán ideológiai kérdés, a kettős mérce alkalmazása melletti érv, amely élesen elkülöníti egymástól a támogatások és a vádemelések kérdését, és amely jóval lazább mércét alkalmaz az első esetben, mint a másodikban, sok helyen gyökerezik; ám ezek egyike sem olyan fontos, mint a kapitalista éthosz, amely a pénzt hatalommá alakítja, és kiváltságokat ad minden produktív cselekvőnek arra a tulajdonra vagy pénzre nézve, amit keresett. A kapitalizmus a magántulajdont termelőeszköznek véli, és ami fontosabb, egy élesen differenciált ösztönző rendszernek is. A legjobb kapja a legjobb fizetést. A munka imént említett ösztönző rendszere érdekében a hatékony termelésért kiosztott jutalmakat meg kell óvni a kevésbé jól fizetettek „pénzéhes mohóságától", és még inkább, fel kell ruházni velük azon szerencséseket, akik elnyerik e jutalmakat. A kapitalizmus által feltételezett magántulajdoni rendszer célja, hogy minden egyénnek biztosítsa az általa szerzett pénz tekintetében az arra való jogosultság és a biztonság érzetét. Bárki használja a pénzét úgy, ahogy az neki tetszik, költse azokra a holmikra, amikre akarja, adja annak, akinek kívánja, és tagadja meg azoktól, akiket nem kedvel, vagy nem csodál.

Semmi a világon nem indokolja, hogy a magántulajdonnal kapcsolatos jogosultság fogalmát ki kelljen terjesztenünk az államkincstárra, amely nem „jövedelem", hanem olyan összeg, melyet közcélokra gyűjtöttek be és azokra tartalékolnak. Azonban a kapitalizmus jelenlegi, győzedelmes pillanatában e gazdasági rendszer normái nem könnyen korlátozhatók. A pénz az pénz, és ami még rosszabb, az államról is hajlamosak vagyunk úgy gondolkodni, mint egy egyénről, Uncle Samet összekeverjük Donald Trumppal. Megszemélyesítjük és a produktív cselekvő előjogaival ruházzuk fel az államot, azt gondolván, hogy egyes tevékenységeket tetszése szerint támogathat, és hogy nem szabad olyan tevékenységek támogatására kényszeríteni, amelyeket nem kedvel, vagy nem csodál.[38]

---

[37] *Missouri v. Jenkins,* 110 S. Ct. 1651 (1990).

[38] Ennek folyományaként sokan érvelnek úgy, hogy adott pályázati juttatás vagy támogatás a műalkotásnak vagy a mű üzenetének elismerését, támogatását jelenti; mintha csak a kormány vagy az egyes adófizetők szólalnának meg. Helms szenátor a végletekig vitte ezt az érvet, amikor a cincinnati esküdtszék ítéletét kommentálta: a *New York Times* szerint „egy Helms-tanácsadó elmagyarázta", hogy „a szenátor azt hitte, hogy az NEA-támogatás következményeképp a fotográfiák a kormány által elfogadott műalkotásoknak fognak minősülni, mely nyomán egyetlen esküdtszék sem ítélheti őket immár obszcénnak." Cincinnati Jury Acquits Museum in Mapplethorpe Obscenity Case. *New York Times,* Oct. 6, 1990, 1., Helms szenátor álláspontját megerősítendő, az 1990-es rendelet kitér arra, hogy „[e]gy pályázati anyagnak az NEA vezetője általi elfogadása vagy elutasítása nem értelmezhető úgy, és nem is tekinthető bizonyítéknak arra nézvést, hogy [a támogatott műalkotás] obszcénnak minősül, vagy épp nem minősül annak." Arts, Humanities, and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101-512, § 103(b), 104 Stat. 1915, 1963-64 (1990). Véleményem szerint csekély az a veszély, amitől Helms

Amire ebben a helyzetben kárpótlásul szükségünk volna, az az, hogy érezzük a határokat. Bárki készséggel elismerheti a kapitalizmus, mint az árukat és szolgáltatásokat létrehozó hatékony gazdasági rendszer csodáit anélkül, hogy azt kellene hinnie, hogy a társadalmi élet – például a politika vagy a családi élet – minden döntése felett e gazdasági rendszer normáinak kell uralkodniuk. Szomorú lenne, ha az Első Alkotmánykiegészítést foglyul ejtené a kapitalizmus, azaz, ha megengednénk, hogy a magántulajdon védelme iránti vágyaink korlátozzák a szabad szólást. Az állam által beszedett bevételek közösségi forrásnak számítanak, amit közcélokra kell fordítani, és nem ismerek méltóbb célt e források elköltésére, mint a demokrácia megőrzése; mellőzött és semmibe vett vélemények és lehetőségek bemutatása a közvéleménynek. A kormányzati támogatásokat, irányuljanak bár a művészet vagy az oktatás területére, nem szabad közkeletű vaskalapos nézetek erősítésére fordítani, hanem a népszuverenitás érdekében inkább provokálni és gerjeszteni kell általuk a közéleti vitákat, hogy azért éljünk úgy, ahogy élünk, mert úgy akarunk élni, és nem azért, mert csak a megszokott határáig terjednek az ismereteink vagy a képzeletünk.

tart [annak a veszélye, hogy a műalkotásról azt gondoljuk, az állam annak üzenetével egyetért], különösen, ha az NEA a törvény (egy bírósági határozat vagy az alkotmány) alapján ítéli meg a támogatásokat. Senki sem fogja azt gondolni, hogy a Mapplethorpe-kiállítás az állam nézeteit tükrözi meghatározott kérdésekben (szadomazochizmus vagy homoszexualitás), és még kevésbé, hogy olyan adófizetők nézeteit, akiket sérthet a kiállítás. Bármely efféle félreértés megelőzhető egy tisztázó nyilatkozattal. Másrészt viszont az NEA abbéli döntése, hogy támogat egy projektet, ideális esetben az intézmény ítéletét kellene hogy hordozza – amely bírósági felülvizsgálat tárgya is lehet – azon kérdésekről, amelyeket a közvéleménynek mérlegelnie kell, azon véleményekről, amelyeknek el kell hangozniuk vagy amelyek hiányoznak a közbeszédből. Ezek a döntések analógnak tekinthetők az államnak a közoktatás és a közmédia területén hozott döntéseivel, mely esetekben az Első Alkotmánykiegészítés nemhogy nem tiltja el az államot e döntésektől, hanem azok épphogy az Alkotmány legmagasabbrendű értékeit igyekeznek érvényre juttatni.

6.

A helyes semlegesség

Prológus

Az Állami aktivizmus és állami cenzúra *című cikkemben (jelen kötet 5. fejezete) az állami semlegesség kívánatosságával kapcsolatos, liberális gondolkodók által felvetett ellenérvekkel kellett megküzdenem. Számukra az állam csak akkor teljesíti e kívánalmat, ha teljesen visszavonul a szólás-cselekvések támogatásának területéről. Ez a visszavonulás nekem nem tűnik túlságosan semlegesnek, mert a piac szorításának tenné ki a szólást. Jennifer Brownnal, egyik asszisztensemmel való hosszas beszélgetések után bevezettem az állam mint „parlamenter" fogalmát, hogy segítségével elmagyarázzam, hogyan tud az állam a beszélők között úgy dönteni, hogy közben semleges marad.*

Az alábbi esszében – amelyet 1995 februárjában a Capital Egyetem Jogi Karán és a Tulane Egyetemen adtam elő előadás formájában, és a heves reflexiókkal együtt 1995 őszén a Capital University Law Review*-ban publikáltam – folytatom az állam mint „parlamenter" fogalmának vizsgálatát. A tanulmány közvetlen kontextusa a gyűlöletbeszéd, mely probléma az elmúlt években fokozódó érdeklődés által övezett, és amely, ahogy a pornográfia is, fontos kérdéseket vet fel a társadalmi egyenlőtlenséggel és annak a szólásszabadság doktrínára vonatkoztatott jelentőségével kapcsolatban.*

Az állam mint „parlamenter" értelmezése során tűnhet úgy, hogy egy Harry Kalven *és korábban* Alexander Meiklejohn *által hébe-hóba használt fogalomhoz nyúlok vissza. A közelmúltban* Robert Post *– fájdalom, ismét csak egy egykori kedvenc diák – erőteljes kritikával illette ezt az elképzelést. A* Meiklejohn's Mistake: On Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse *című cikk a* University of Colorado Law Review*-ban 1993-ban, és később 1995-ben, Post* Constitutional Domains: Democracy, Community, Management *című kötetében is megjelent. Jelen esszében igyekszem válaszolni Post cikkére és hivatkozom Morris Lipson terjedelmesebb válaszára is, melyet 1995-ben a* Yale Law Journal*-ben jegyzetként közölt.*

Képzeljünk el egy közösséget, amelyben hagyományosan csak fehérek élnek. Beköltözik közéjük egy fekete család. Vesznek egy házat. Egyes szomszédokat felháborít az új család érkezése. Ezek a szomszédok először csak azzal fejezik ki elégedetlenségüket, hogy semmibe veszik az újonnan jötteket, ám hamarosan rosszabbra fordulnak a dolgok. Egy éjszaka valaki a fekete család háza előtti közterületre kitesz egy keresztet, majd meggyújtja azt.

Ezután az elkövetőket letartóztatják, és vádat emelnek ellenük. A vád az, hogy megsértettek egy helyi rendeletet, amely tiltja az olyan önkifejező cselekvéseket (köztük a keresztégetést is), amelyek a nemi hovatartozás, vallás, vagy bőrszín alapján kiválasztott egyénekben haragot, riadalmat keltenek, vagy megbántják őket. A vádlottak azzal védekeznek, hogy a rendelet sérti az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogaikat.

1992-ben a *R.A.V. v. City of St. Paul* esetben a Legfelső Bíróság egy ezzel analóg esetben ítélkezett, és Scalia bíró véleményét követve alkotmányellenesnek ítélte az illető rendeletet.[1] Az ítélet – a Rehnquist-testület egyik legfontosabb ítélete a szólásszabadság területén – nagy felzúdulást okozott alkotmányjogászi körökben, és megosztotta azokat, akik amúgy mind az Első Alkotmánykiegészítés barátainak tekintették magukat. A Legfelső Bíróság felhasználta az alkalmat, hogy a kinyilvánítsa a szabad szólás felsőbbségét más alkotmányos értékekkel szemben, még az egyenlőséggel szemben is, és masszív támogatást nyújtott a tartalomsemlegességre hivatkozó ítélkezés számára. Azonban a Legfelső Bíróság tekintete elsiklott a tény felett, hogy ezúttal egy olyan helyzettel állt szemben – amely amúgy jelen könyv fő témája is –, amikor az államnak elképzelhető, hogy korlátoznia kell a szólást, hogy a kevesebb hatalommal bíró emberek hangja hallható legyen.

[1] 112 S. Ct. 2538 (1992).

I.

Elöljáróban ki kell emelni, hogy a *R.A.V.*-ban döntő testület nem a keresztégetés cselekményére összpontosított. Scalia bíró nem utalt arra, hogy a keresztégetés maga alkotmányos védelem alatt vagy az állami szabályozás felett állna. Ellenkezőleg, a Legfelső Bíróság egy meghatározott rendeletet nehezményezett, amelyre hivatkozva vádat emeltek bizonyos emberek ellen. A Legfelső Bíróság nyíltan alkotmányellenesnek nyilvánította a rendeletet, és elrendelte, hogy az senkire ne legyen alkalmazható, még ha keresztégetéssel vagy bármilyen más tiltott cselekvéssel vádolják is az illetőt.

St. Paul város rendelete így hangzik a maga teljességében: „Aki köz- vagy magánterületen olyan jelképet, tárgyat, elnevezést, jellemzést vagy graffitit helyez el, beleértve, de nem kizárólagosan: égő keresztet és náci horogkeresztet, amelyről köztudott, vagy feltételezhetően köztudott, hogy rassz, bőrszín, hit, vallás vagy nemi hovatartozás alapján meghatározott személyekben haragot, riadalmat vagy megbántottságot kelt, az szabálysértésnek minősülő rendbontást követ el."[2]

Ezen intézkedés hatályba léptetésével a város a magán- és közterületeken elhelyezhető jelképeket igyekezett szabályozni; a tételes felsorolásban a rendelet a leghírhedtebb rasszista jelképet említette – az égő keresztet, amely hosszú ideje a Ku Klux Klan szimbóluma, és amely szokásos jelentése, hogy az illető településen nem kívánatosak a feketék. St. Paul város rendelete nyilvánvaló módon a kifejezés korlátozásának tekinthető.

E törvény érvényességének megítélése során Scalia bíró bölcsen elkerült egy módszert – amelyet annak idején még Black legfelső bírósági bíró vezetett be –, miszerint azon az alapon ítélte volna el a rendeletet, hogy az egy kifejezést vagy szólást kívánt korlátozni. Az Első Alkotmánykiegészítés leszögezi: „A Kongresszus nem csorbítja a szólás- vagy sajtószabadságot"*, és egy meghatározott abszolutisztikus értelmezést megalapozva, Black bíró újra meg újra ragaszkodott ahhoz,

---

* A fordítás forrása: Az Egyesült Államok Külügyminisztériuma. http://hungarian.hungary.usembassy.gov/constitution_in_hungarian.html

[2] St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

hogy az Első Alkotmánykiegészítés angol nyelvű megfogalmazásában a „no law" azt jelenti, hogy „no law".[3]

Black, mint egykor a New Deal demokrata párti hű védelmezője a Szenátusban, Roosevelt elnök révén került a Legfelső Bíróság testületébe az 1930-as években, és már a kezdettől fogva meggyőződése volt, hogy a *Lochner v. New York*[4] eset és a New Dealre pusztítólag ható hasonló legfelső bírósági esetek kelepcéit mindenképp el kell kerülni. Black bíráskodási filozófiájának magva a „tartalmilag tisztességes eljárással" *(substantive due process)* és azzal a gyakorlattal szembeni mélységes ellenérzés volt, amely a bírák mérlegelési hatáskörébe utalt törvényeket, amelyeket ők ítélhettek „önkényesnek" vagy „indokolatlannak".[5] Ennek következményeként Black bíró minden olyan alkotmányos értelmezést elutasított, amely a Legfelső Bíróságot hasonló kétesélyes döntési helyzetbe hozhatta. Döntéseihez a jogi literalizmus eszközét, azaz az alkotmányos rendelkezések egyszerű és átvitt értelemtől mentes értelmezését használta, és a szólásszabadsággal kapcsolatos ügyekben részéről ez egyfajta abszolutisztikus értelmezéshez vezetett.

A Legfelső Bíróság sok tagja rokonszenvezett Black általános célkitűzésével, és én Scalia bírót is közéjük sorolom; ezzel együtt Blacknek az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos abszolutizmusa sosem nyerte el a többség támogatását a Legfelső Bíróságon. Igazából az évek során egyetlen szavazatot kapott – William Douglas bírótól. Nyilvánvaló volt, hogy Black literalizmusa szelektív volt, például a Kongresszusba beleértette a végrehajtó és a bírói hatalmi ágakat is. A szelektív literalizmusnak valamiféle elméletre kell támaszkodnia, amely eligazítást nyújt abban a kérdésben, hogy mely kifejezéseket kell szó szerint venni és melyeket nem, és mint ilyen, nem tekinthető tiszta literalizmusnak. Sőt, azok az ítéletek, amelyektől Black annyira tartott, szükségképp magukban foglalták volna annak meghatározását, hogy bizonyos emberi viselkedések inkább tekinthetők-e „szólásnak", semmint „cselekvésnek". Bizonyára ő is azt szerette volna, hogy – mint a Legfelső Bíróság gyakorlata is mutatja – az Első Alkotmánykiegészítés a szólást ne csak annak szokásos, szó szerinti értelmében védelmezze; e védelem ne csak szóbeli megnyilatkozásokra terjedjen ki, hanem filmekre, regényekre, felvonulásokra és még a zászlóégetésre úgyszintén.

---

[3] Lásd például *New York Times Co. v. United States,* 403 U.S. 713, 714-20 (1971) – Black bíró, párhuzamos vélemény; Hugo L. Black: The Bill of Rights. 35 *New York University Law Review* 865 (1960).

[4] 198 U.S. 45 (1905).

[5] Lásd Tinsley E. Yarbrough: *Mr. Justice Black and His Crtitics.* Duke University Press, 1988. 50–51. E nézet két szenvedélyesebb megfogalmazását lásd *Griswold v. Connecticut,* 381 U.S. 479, 513 (1965) – Black bíró, különvélemény; és *Goldberg v. Kelly,* 397 U.S. 254, 276–77 (1970) – Black bíró, különvélemény.

Black bíró nagy feneket kerített a „no law" kérdésének, arra azonban már nem fordított gondot, hogy pontosan meghatározza azon törvényeket, melyeket az Első Alkotmánykiegészítés valójában megtiltott. Ez nem egyszerű figyelmetlenség volt. Ahogy Alexander Meiklejohn azt hangsúlyozta, az Első Alkotmánykiegészítés a „szólás szabadságát" *(freedom of speech)* korlátozó törvényt tiltja, nem a „*megszólalás* szabadságát" *(freedom to speak)* korlátozót.[6] A „szólás szabadsága" kifejezés a szabadság szervezett és strukturális felfogását sugallja, egy olyan felfogást, amely tisztában van azzal, hogy az állami hatalom gyakorlása a szólás felett korlátozott ugyan, de nem teljes egészében tilos. Black bíró véleményével ellentétben a Legfelső Bíróság megközelítése – a *R.A.V.*-esetben és másutt – megengedi a szólás korlátozását, ám csupán arra a lehető legszűkebb mértékre korlátozva, ami elengedhetetlen az állam alapvető funkcióinak működéséhez.

St. Paul város rendelete megfogalmazását tekintve tágra szabta érvényességének körét, talán túl tágra is. Minnesota állam Legfelső Bírósága tisztában volt a rendelet széles hatókörével, és annak biztosítása érdekében, hogy a rendeletet a szabályozás hagyományos keretei között tartsa, annak hatókörét a „támadó szavak" területére korlátozta. Ezen elnevezés azokra a kifejezésekre vonatkozik, amelyekről feltehető, hogy azonnali erőszakos választ váltanak ki azokból, akikre a kifejezés vonatkozik, és ezen felül kevés olyan gondolati elemmel rendelkeznek, amely révén gazdagítanák a közügyek megvitatását. Ezen okok miatt az Egyesült Államok Legfelső Bírósága egyik korai szólásszabadság-ítéletében úgy határozott, hogy a „támadó szavakat" nem védi, vagy másképp fogalmazva, azokat az állam tetszőleges módon korlátozhatja.[7]

St. Paul város rendeletének ezen értelmezése szűkíti annak hatókörét, ám az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos problematikát nem szünteti meg, hisz, ahogy Scalia bíró mondta az *R.A.V.*-ben, a „támadó szavak" akkor is szavak. A „támadó szavakat" az állam korlátozhatja ugyan, ám, minthogy azok bizonyos esetekben a vélemény közvetítésének vagy álláspont megszilárdításának is eszközei lehetnek, és mint ilyenek, részei a közbeszéd karcosabb oldalának, érzékeny kérdés, hogy *hogyan* szabályozzuk azokat.

Scalia a törvény elfogultságára hivatkozva találta elfogadhatatlannak azt a módot, ahogy St. Paul eljárt e kérdésben. Ez talán zavarba ejtően hangzik, ha tekintetbe vesszük St. Paul rendeletének általános, minden releváns esetre kiterjedő hatáskörét. A rendelet bármely, tetszőleges rasszista véleményt kifejező cselekményt tiltott, amely haragot vagy riadalmat keltett a megnyilatkozások célpontjaiban, le-

[6] Lásd Alexander MEIKLEJOHN: The First Amendment Is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review.* 245, 255.

[7] *Chaplinsky v. New Hampshire,* 315 U.S. 568 (1942).

gyenek azok fehérek vagy feketék. Másrészt viszont nem vonatkozott azokra, akik a rasszizmus ellen küzdöttek – az antirasszistákra. Nyilvánvaló, hogy a rasszizmus ellen harcolók nem égetnek kereszteket nézeteik népszerűsítése érdekében, ám éppúgy vannak szimbólumaik vagy megnevezéseik, amelyek másokban haragot, riadalmat keltenek vagy nekik sérelmet okoznak – ezek az ő „támadó szavaik". Például közterületen elhelyezett graffitiben ellenfeleikről azt a feltételezést fogalmazhatják meg, hogy azok nácik, vagy elégethetik az amerikai zászlót azok háza előtt, akikről az gyanítják, hogy rasszista nézetek hirdetői. St. Paul város rendeletének saját maga által szabott fogalmai szerint nem kívánta szabályozni az efféle tevékenységeket, és érvényességének ezen korlátaira hivatkozva Scalia bíró úgy érvelt, hogy a törvény a vélemény természete szerint tett különbséget szólás és szólás között, és így összeütközött az Első Alkotmánykiegészítés egy fő szervezőelvével. Scalia bíró elemzésének ezt a részletét rendkívül lényegesnek tartom: „St. Paul városának (...) nem áll hatalmában az egyik résztvevő számára engedélyezni a ketrecharc módszereit, miközben a másiknak megszabja, hogy betartsa a sportszerű ökölvívás szabályait."[8]

A vélemény tartalmára hivatkozó megkülönböztetés tiltása az Első Alkotmánykiegészítés azon felfogásában keresendő, amely – jelen könyvnek is központi témája, és a szakma számára is csaknem axiomatikus tétel – kimondja, hogy a törvény a demokratikus önkormányzás eszköze. E nézet szerint az Első Alkotmánykiegészítés célja a nép abbéli szuverenitásának védelme, hogy eldönthesse, miként kívánják életüket élni. Az állam nem azért van, hogy a nép helyett eldöntse e kérdést, és – számunkra itt még idevágóbb módon – az államnak nem megengedett a nyilvános vitát olyan módon manipulálnia, hogy az ténylegesen befolyásolja e döntést. Az államnak semlegesnek kell maradnia versengő vélemények megléte esetén. Scalia bíró szemében St. Paul városa megszegte a semlegesség kívánalmát, amikor olyan rendelkezést léptetett hatályba, amelyik korlátozta a rasszisták véleményt kifejező cselekvését, de azokét nem, akik a rasszizmus ellen küzdenek.

[8] 112 S. Ct. at 2548. Scalia szintén ellenvetésként fogalmazta meg, hogy az intézkedés vonatkozott a faji ellentétekre, de a szakszervezeti konfliktusokra például nem. Ez az ellenvetés hasonló a *Police Dep't of Chicago v. Mosley,* 408 U.S. 92 (1972) esetben tapasztalható elfogultsághoz, melyben a bíróság fenntartotta a sztrájkőrség betiltásának alkotmányellenes voltát, mivel az kivette hatálya alól a munkásmozgalmi sztrájkőrséget, ám ez kevésbé tűnik központi kérdésnek döntésében és az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos elméletekben.

II.

Az *R.A.V.* kritikusai közül sokan elismerik St. Paul rendeletének nem-semleges jellegét, ám e megkülönböztető eljárást az állami beavatkozás alapjául szolgáló tényleges értékre, az egyenlőségre alapozzák.[9] E kritikusok szerint semmi kivetnivaló nincs abban, ha a város az antirasszistáknak kedvez, mivel a Tizenharmadik, a Tizennegyedik és a Tizenötödik Alkotmánykiegészítés, továbbá ezen intézkedéseket életbe léptető törvények mind elítélik a rasszizmust. A rasszizmus ellen küzdők tekinthetők úgy, mint akik megvalósítják az Alkotmány egyenlőséget támogató céljait – mint az Alkotmány katonái –, és mint ilyenek, megilletik őket bizonyos előnyök a rasszizmus szószólóival vívott vitáik során. Igaz, a város nem semleges, ám minthogy olyan állásfoglalást támogat, amit az Alkotmány is támogat, így abból baj nem lehet.

Az *R.A.V.* iménti kritikája messzeható kérdéseket fogalmaz meg az önkormányzás korlátairól. Egy egyén számára megengedhető-e, hogy az alkotmányos rendszerrel összeegyeztethetetlen cselekvéseket szorgalmazzon, és az Első Alkotmánykiegészítésnek meg kell-e védeni e személy ebbéli igyekezetéhez fűződő jogait? Az Első Alkotmánykiegészítéshez fűződik egy hagyomány, amelyet a modern korszakban legjobban talán az 1950-es évek kommunistaellenes keresztes hadjárataira adott ellenséges liberális reakciók illusztrálnak; mely a lehető legtágabb értelemben tekint az önkormányzás fogalmára, és amely igennel válaszol az előző kérdésre. Szabad a vásár, még az alkotmányos alapelvek is. Csaknem mintha az Első Alkotmánykiegészítésből származna a forradalomhoz való jog.

A kommunistákat a kormány erőszakos megdöntésének támogatásával vádolták – az Alkotmány teljes eltörlésével –, és a McCarthy-korszak liberális kritikusai úgy érveltek, hogy e lehetőség nyitva kell hogy álljon az emberek számára, hisz

[9] Lásd például Cass R. Sunstein: *Democrary and the Problem of Free Speech.* New York, The Free Press, 1993. Akhil Amar professzor hibáztatja a Legfelső Bíróságot a polgárháborús alkotmánykiegészítések figyelmen kívül hagyása miatt, alapvetően a Tizenharmadik Alkotmánykiegészítést használva mint az egyenlőség elvének forrását, ám megtorpan, és a bíróságot abban hibáztatja, hogy helytelenül választotta meg indokolásához az értékeket. Akhil R. Amar: The Case of the Missing Amendments: RAV. v. City of St. Paul. 106 *Harvard Law Review* 124, 151–61 (1992).

csak így lehet azt alaposan megvizsgálni, és megfelelőképp elutasítani. Végül a Legfelső Bíróság a liberális álláspontot tette magáévá,[10] és ezen ítéletek támogathatták az *R.A.V.*-döntést. Scalia nevében úgy is érvelhet valaki, hogy az Első Alkotmánykiegészítés a rasszizmus, vagy továbbmenve, a polgárháborús rabszolgaság-eltörlő alkotmánykiegészítéseket, illetve az azokon alapuló törvényeket megsemmisíteni kívánó szándék támogatását óvja. Függetlenül attól, hogy mi a kérdés, az államnak nem szabad állást foglalnia, és még fontosabb, nem szabad egyik kimenetel irányába sem terelni a kérdésről szóló vitát.

Az évek során a Legfelső Bíróság érzékeny egyensúlyt alakított ki a közéleti vitában betöltött semleges állami szerep és az állam rendőri fellépését lehetővé tevő szerep között. Ennek eredményeképp a Legfelső Bíróság mindig, még a legliberálisabb pillanataiban is megfontolta, hogy védje-e a felforgató szándékokat. A kommunisták számára megengedett volt, hogy a forradalom általános célkitűzéseiért fellépjenek, ám a bíróság meghúzott egy határt, amin túl a forradalom éltetése már izgatásnak számított. Hasonlóképp, lehet úgy érvelni, hogy a rasszistáknak lehetőségük kell hogy legyen arra, hogy éltessék az egyenlőtlenséget – írhatnak könyvet arról, hogy meg kell semmisíteni a polgárháborús alkotmánykiegészítéseket, vagy felvonulást szervezhetnek a faji felsőbbrendűség eszméinek támogatására –, ám nem lehetnek jogosultak arra, hogy egy fekete család háza előtt éjszaka keresztet égetve fejezzék ki nézeteiket. Az ilyen kifejezés-cselekvés tekinthető „fenyegetésnek" vagy „zaklatásnak" és az „uszításhoz" hasonlóként kezelendő – olyan szólás-cselekvés, amely átmenetileg megtestesíti azt a fajta károkozást, amelyet az államnak egyértelműen joga van korlátozni. Megtagadni az állam azon jogát, mely az efféle szólás korlátozásához fűződik, egyet jelentene azzal, hogy megtagadjuk tőle a károkozás megelőzéséhez szükséges hatalmat.

Ez mind igaz, ezzel együtt érdemes ismét hangsúlyozni, hogy a Legfelső Bíróság az *R.A.V*-ben nem a cselekvés, hanem a rendelet felett ítélkezett; könnyen lehet, hogy az államnak rendelkeznie kell hatalommal a fenyegetések, zaklatások, „támadó szavak" általános korlátozása alá eső keresztégetés tiltásához. Az *R.A.V.*-ben semmi sem zárta ki ennek lehetőségét. Amire az ítélet összpontosított, az a tény volt, hogy St. Paul rendelete a szólást részrehajlóan korlátozta: vonatkozott a rasszisták „támadó szavaira", de a rasszizmus ellen küzdők hasonló megnyilvánulásaira nem. Ez olyan lenne, mintha a kommunisták uszítását korlátozni kívánná az állam, a kapitalistákét pedig nem.

[10] Lásd *Noto v. United States,* 367 U.S. 290 (1961); *Scales v. United States,* 367 U.S. 203 (1961); *Yates v. United States,* 354 U.S. 298 (1957). Ezen esetek általános tárgyalását lásd Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 211–26. Lásd még *Brandenburg v. Ohio,* 395 U.S. 444, 447 (1969) – az erőszak használatának megakadályozása csak akkor megengedett, ha a támogatásból azonnali törvénytelen cselekedetre való izgatás lett.

A liberális állásfoglalás a kommunista esetekben és Scalia bíró tiltakozása a St. Paul rendelet részrehajlása ellen azon a szemléleten alapulnak, amely a szólást rendkívül kivételezett helyzetben tünteti fel. Scalia bíró gyakorlatilag azt mondja, hogy bármely közüggyel kapcsolatos vitának zavartalannak és szélesre nyitottnak kell lennie, még akkor, is, ha alkotmányos védelem alá tartozó értéket – mint amilyen az egyenlőség – veszélyeztet. Az Első Alkotmánykiegészítés az első.[11] Az *R.A.V.*-döntés kritikusai kitartottak amellett, hogy az alkotmányos értékek efféle fontossági sorrendbe állítása nem indokolható – a szabadság és az egyenlőség konfliktusában nem világos, hogy miért a szabadságnak kell érvényesülnie. E fontossági sorrend harmonizálhat a klasszikus liberális filozófiával, annak is az egyéni szabadság iránti kizárólagos odaadásával, azonban a mai liberalizmus, különösen, ahogy azt az 1960-as évek polgárjogi mozgalmai módosították, egy kettős kötődéssel jellemezhető: a szabadság és az egyenlőség iránti együttes kötődéssel.

Az *R.A.V.* alapelve ebben a vonatkozásban nem tökéletes. Ezzel együtt azok, akik az *R.A.V.*-t ezen az alapon bírálják, Scalia bírónál nem szilárdabbak a saját alapelveiket illetően – a szabadság és az egyenlőség konfliktusában ők egyszerűen az egyenlőséget emelik ki, anélkül, hogy ezt különösebben megindokolnák. Ez egy zsákutca, ahol a liberálisok saját magukkal csatáznak. Az egyik csoport a szabadság elsőbbsége mellett tör lándzsát, a másik az egyenlőség elsőbbsége mellett, és egyik sem nyújt elvi alapon megindokolt magyarázatot. A liberálisoktól azt várják, hogy meghatározó elveik tekintetében döntsenek az egyik mellett a másik rovására.

[11] Edmond Cahn használta e formulát a McCarthy-korszakban. Edmond Cahn: The Firstness of the First Amendment. 65 *Yale Law Journal* 464 (1956). E korszakban mások az Első Alkotmánykiegészítést „előnyben részesített szabadságnak" nevezték. Lásd Robert B. McKay: The Preference for Freedom. 34 *New York University Law Review* 1182 (1959).

III.

A liberálisokat manapság megosztó dilemmán gondolkodva úgy tűnik nekem, hogy nem lehetetlen, legalább az érvelés kedvéért, beleegyezni Scalia bíró legfőbb – az Első Alkotmánykiegészítést legfontosabbnak tekintő – alaptézisébe, és mégis elfogadhatónak találni St. Paul rendeletének részrehajló jellegét. Mint ahogy amellett érveltem a pornográfia kontextusában (a 4. fejezetben) és a kampányfinanszírozást tárgyalva (az 1. fejezetben), e megközelítés a szólás elnémító hatására összpontosít. E megközelítés alapja az, hogy a keresztégetés nem csupán támadja a feketéket, nem csak azon jogukat veszi semmibe, hogy ott lakjanak, ahol az nekik tetszik, hanem korlátozza a feketék szóláshoz fűződő jogait is. Elriasztja őket attól, hogy részt vegyenek a társadalom közös ügyeinek megvitatásában és eldöntésében. Így kevésbé érzik a jogosultságot és a hajlandóságot arra, hogy nézeteiknek a nyilvánosság előtt hangot adjanak, és inkább megtartják azokat maguknak. Csaknem oly hathatós az elhallgattatásuk, mintha állami beavatkozás révén történt volna.

Ebből a szemszögből nézve St. Paul rendelete hasonlatosnak tűnhet ahhoz, amikor a parlamenter igyekszik megvédeni a közéleti vita sérthetetlenségét. A város a feketék szóláshoz való jogának védelmét próbálja biztosítani; és a rendelet nem pártatlan, mivel a város úgy döntött, hogy a rasszisták nem kívánnak efféle védelmet, sőt, egyes szólás-cselekvéseiket – így például a keresztégetést igen, de egy könyv kiadását vagy a főutcán fehér csuklyában vagy náci egyenruhában masírozást már nem biztos – korlátozni szükséges annak érdekében, hogy így támogassák a feketék önkifejező cselekvéseit. St. Paul ezért némít el egyeseket, hogy így mások juthassanak szóhoz.

E beavatkozással a város a feketék szólással kapcsolatos jogait védi, és az a meggyőződés áll mögötte, hogy a célt csak a rasszisták számára nyitva álló, szólásnak minősülő cselekvések korlátozása által érheti el. A feketék szólás-jogait ily módon előnyben részesítve a város nem foglal állást – alkotmányos vagy másmilyen alapon – az értékekről, melyet az egyes oldalakon megfogalmazott nézetek képviselnek. Ezzel szemben azt mondja, hogy a közösség ezen szegmensét alaposabban meg kell ismerni ahhoz, hogy a közvélemény megfontolt döntéseket tudjon hozni a napirendjére kerülő kérdések sokaságával kapcsolatban, kezdve a pozitív diszkriminációval az oktatáson át a jóléti szolgáltatásokig. A város ekkor úgy cse-

lekszik, mint a parlamenter, és igyekszik véget vetni egy olyan cselekvésnek, amely egy másik csoportot elnémít, és így torzítja és csorbítja a közügyek megvitatását. Nem kívánja elbitorolni a közvélemény kollektív önrendelkezési jogát, hanem épp ellenkezőleg; erősíteni igyekszik a nyilvánosság e jog helyes gyakorlására való képességét.

Kétségtelen, hogy e beavatkozás valószínűleg hatással lesz az emberek választására. A folyamatok szabályozása a végeredmény megváltozásával jár. Az, ahogy a végeredmény ennek hatására változik, hasonló lesz ahhoz a változáshoz, amelyet a parlamenter idéz elő azáltal, hogy ragaszkodik ahhoz, hogy minden oldalt meg kell hallgatni. Bár egy gyűlés résztvevői különbözőképp szavazhatnak, ha nem csak egy oldal véleményét ismerik meg, hanem a vitában minden álláspontot meghallgatnak, ez a dolog inkább üdvözlendő, semmint elítélendő. Az Első Alkotmánykiegészítés által óva őrzött demokratikus önkormányzás elve nem egyszerűen az emberek választásait védi, hanem azokat a választásaik, amelyeket a szükséges információk birtokában, és a döntés megfontolásának megfelelő körülményei között hoznak az emberek.

Egy korábbi korszakban az Első Alkotmánykiegészítés gondolkodói, olyanok, mint Alexander Meiklejohn és Harry Kalven, a szabad szólás liberális álláspontjának megalkotói, gyakran használták a „parlamenter" metaforáját az állam szabad szólás szabályozásában betöltött szerepének megragadására.[12] Ők a társadalmat egyetlen gigantikus falugyűlésként *(town meeting)* fogták fel, ezen elgondolás szerint védték a közbeszéd „idő, hely és mód" aspektusait szabályozó elképzeléseket, és ők fejtették ki, hogy a „heccelő vétója" miért oly kifogásolható. Mostanában Robert Post professzor illette kritikával a „falugyűlés" fogalmának efféle használatát és a következtetést, hogy az állam szerepe úgy fogható fel, mint a parlamenteré. Álláspontja szerint e nézet legmélyén antidemokratikus feltételezések rejlenek.[13]

Post szerint, míg a valódi falugyűlések alapja az, hogy a résztvevők megállapodnak a tanácskozás napirendjében – olykor hallgatólagosan vagy informálisan –, a civil társadalomról ez nem mondható el. A civil társadalomban nincs rossz döntés, minden elgondolás számít. Post szerint a civil társadalom akkor tekinthető falugyűlésnek, ha van napirendje, ám ez csak akkor jöhet létre, ha az állam valamely

---

[12] Lásd Alexander Meiklejohn: *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People.* New York, Harper & Brothers, 1948. 24–28.; Harry Kalven, Jr.: The Concept of the Public Forum. 1965 *The Supreme Court Review* 1, 23–25.

[13] Lásd Robert C. Post: Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. 64 *University of Colorado Law Review* 1109, 1113–19 (1993), újraközölve: Robert C. Post: *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management.* Cambridge, Harvard University Press, 1995. 268. Post álláspontjának erőteljes kritikáját lásd Morris Lipson: Autonomy and Democracy. 104 *Yale Law Journal* 2249 (1995).

önkényuralmi eszközt vet be ennek érdekében, és ha figyelmen kívül hagyják azt a demokratikus elvet, hogy a polgárok felelősek a nyilvánosság napirendjének megalkotásáért, és hogy bármikor szabadon meg is változathatják azt.

A falugyűlés fogalma valóban feltételez egyfajta napirendet – kell hogy legyen súlyozás a fontosság tekintetében –, azonban a napirendeket, legyenek azok valódi gyűléseké vagy átvittebb értelmű feladatoké, az állam vagy más külső erők befolyásától független résztvevők deliberatív cselekvésének, azaz közös eszmecseréjének és döntéshozatalának kell létrehoznia. E folyamat történhet organikusabb módon is. A demokratikus társadalmakban a közbeszédet mindig strukturálja bizonyos napirend – ezen a héten az atomenergia terjedése, jövő héten az egészségügy –, azzal együtt, hogy ennek a napirendnek nincs konkrét szerzője.

Természetesen én ambiciózusabb szerepet szánok az államnak mint parlamenternek annál, ahogy azt Kalven és Meiklejohn elképzelte. Legnagyobb részt úgy gondolták, hogy az állam mint parlamenter szerepe kimerül abban, hogy egy egyszerű formulát – amilyen például H. M. Robert parlamenti kézikönyve, a „Robert működési szabályzata" *(Robert's Rules of Order)* – követ, egy olyan előre megszabott ügyrend alapján, amely független a tartalomtól, attól, hogy mi csapódik le a vitából vagy hogy mi hangzik el, és néhány olyan általános szervezőelven alapszik, mint például a történések időbelisége. Igazából maga Kalven volt az, aki az 1970-es évek elején kelt írásaiban a tartalomalapú szabályozás elleni szabályt – amelyet Scalia is megidézett – az Első Alkotmánykiegészítés fundamentumába helyezte.[14] Kétlem, hogy maga Kalven úgy tárgyiasította volna ezt az elvet, mint ahogy azt a Legfelső Bíróság tette azóta, hogy megírta e gondolatokat, ám mindenesetre mára világossá vált, hogy az állam nem korlátozható a „Robert működési szabályzata" című kézikönyvben foglaltakra, ha a „parlamenter" szerepét kívánja betölteni. Egy méltányos „parlamenternek" figyelemmel kell lennie a parlamenti nyomásgyakorlás folyamataira, illetve azoknak a vita teljességére gyakorolt hatására. A visszataszító és utálatos beszéd egyes résztvevőket visszavonulásra kényszeríthet, ami a téma teljes megtárgyalására nézve éppen olyan végzetes lehet, mint a felszólalások rendjét megszegő felszólalás.

Az állam mint parlamenter felfogását vallva, és felvetve, hogy St. Paul keresztégetési rendelete szolgálhatja a közéleti viták erőteljesebbé válását, nem kívánom lekicsinyelni vagy figyelmen kívül hagyni a keresztégetés és hasonló véleménykifejező cselekvések egyes csoportok társadalmi helyzetére gyakorolt hatását. Sőt, még annak lehetőségét is elismerem, hogy ez volt a motiváció a jogalkotási döntés mögött. Ugyanakkor, mint ahogy arra a legnagyobb tiszteletben tartott jogi eseteink tanítanak, az alkotmányos elemzés számára nem az aktuális indíték a fontos,

[14] Lásd általában KALVEN (10. lj.), 3–236.

hanem a lehetséges indoklások.[15] Függetlenül azoktól a meggondolásoktól, amelyek a törvényhozókat szubjektíve motiválták, a törvény csak akkor léphet hatályba, ha objektív módon nyer indokolást – ha legitim célokat szolgál. Bár a szokásos Első Alkotmánykiegészítés doktrína megkívánja, hogy a szabályozás célja kapcsolódjék valamilyen meghatározott sürgős dologhoz (emelt szintű mérce), hogy az eszközök és a célok közti megfeleltetés a szokásosnál is precízebb legyen (a legkevésbé korlátozó lehetőség), a törvény érvényessége mégis attól függ, hogy mi mondható el tárgyilagosan a rendelkezés védelmében.

Nyilvánvaló, hogy a St. Paul-eset elemzésének e módja sajátos tények és összefüggések függvénye. Megítélése azon a döntésen múlik, hogy a szabályozandó szólásnak van-e elhallgattató hatása, továbbá, hogy a közügyek megtárgyalása erőteljesebb lesz-e, ha az állam ezt vagy azt a megoldást választja. E kiindulópontok alapján nem lehet általánosan érvényes döntéseket hozni. Még ha a rendelet a gyűlölködő beszéd egy szűk körére, mondjuk a „keresztégetésre" szorítkozik is, a rendelet bizonyos alkalmazásai alkotmányellenesek lehetnek, ha a szólás olyasvalaki ellen irányul, akit nem hallgattat el, ami megtörténhet, ha a célpont nem egy hátrányos helyzetben lévő csoport tagja. Ekkor a gyűlöletbeszédnek lehet hogy nincs elhallgattató hatása, és St. Paul meglehet, hogy nem tud megfelelő indokolással szolgálni a rendelet alkalmazására nézve azon az alapon, hogy mint parlamenter lép fel. Az elhallgattató hatás nem egyszerűen a szólás tartalmától függ, hanem azok társadalmi helyzetétől is, akik hallják azt.

Ezen oknál fogva meglehet, hogy helyes a Legfelső Bíróság döntése az *R.A.V.*-ben, megerősítve az elkövetőknek az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogát e gyűlölet motiválta cselekedetre, de a Scalia bíró által alkalmazott elmélet és a rendeletet általánosságban elítélni nem az. Míg elismerem, hogy lehetnek olyan körülmények, amikor a gyűlöletbeszédnek nincs ilyen elhallgattató hatása, és így lehetetlen lenne az állam cselekvését a parlamenter tetteként igazolni, a Legfelső Bíróság sosem mérte fel a gyűlöletbeszédnek magán a beszéden mutatkozó következményét, és sosem készített empirikus vizsgálatot, amit egy ilyen elmélet megkíván. Csak a szabadság és az egyenlőség közötti konfliktust látva, kész lévén a szabadság elsőbbségét kinyilvánítani az egyenlőség fölött, a Legfelső Bíróság a részrehajlásra hivatkozva egyszerűen eltörölte a rendeletet. Ebbéli tettében a Legfelső Bíróság nem értette meg, hogy nem egyszerűen a szabadság és az egyenlőség konfliktusával áll szemben, hanem a szabadságon belüli konfliktussal is, és e konfliktusok feloldásához bizonyos mértékű részrehajlás elfogadható, sőt, akár szükséges is lehet.

[15] Lásd például *Katzenbach v. Morgan,* 384 U.S. 641, 653 (1966).

7.

Szabad szólás és az előzetes korlátozás doktrína

Prológus

Az 1980-as évek elején az Egyesült Államok Információs Szolgálata (USIS) azzal bízta meg Burke Marshallt, hogy válogasson össze egy esszégyűjteményt, amely bevezeti a külföldi olvasókat a Legfelső Bíróság munkájába. Engem is meghívott e vállalkozásba, és úgy döntöttem, hogy a Pentagon-iratok esetét dolgozom fel, amelyben a Legfelső Bíróság és az Első Alkotmánykiegészítés egyik legmagasztosabb találkozása történt. Témaválasztásomnak részben köze volt ahhoz, hogy el voltam merülve a Kalven-kézirat gondozásában, amely később Egy csodálatra méltó hagyomány *(A Worthy Tradition) címmel megjelent. Szintén évekkel korábban elemezni kezdtem az előzetes korlátozás doktrínát, amely ezen esetben oly fontos szerepet játszott, egy, a jogorvoslatokról szóló tágabb munka részeként [lásd* The Civil Rights Injunction *(1978)].*

Ez az esszé nem a kötet többi tanulmányában oly központi kérdést – a társadalmi és gazdasági egyenlőtlenségek politikai szabadságjogokra gyakorolt hatását – járja körül. Ugyanakkor azonban fontos bevezetőként szolgál a következő fejezetben tárgyalt kérdés, a szabad sajtó szükségleteinek tárgyalása előtt. Jelen írás egyúttal az első olyan alkalom is, amikor szisztematikusan és kritikailag kellett reflektálnom drága barátom, Harry Kalven munkájára, aki – amikor kollégák voltunk a Chicagói Egyetemen – megjegyzést fűzött a Pentagon-iratok *esethez a* Harvard Law Review 1971. *novemberi számának* Előszavában *(Foreword). Hogy eltávolodjak a Legfelső Bíróság ítéletének Kalven általi forró méltatásától, egy kritikai álláspontot kezdtem megfogalmazni, amely hamarosan a* Szabad szólás és társadalmi struktúra *(jelen kötet 1. fejezete) formáját öltötte. A Marshall-válogatás 1982-ben jelent meg* A Legfelső Bíróság és az emberi jogok *(The Supreme Court and Human Rights) címmel.*

Az 1960-as évek a szólásszabadság legfényesebb pillanatainak egyikét hozta Amerikának. A polgárok lelkesen gyakorolták a kormány bírálásához fűződő jogaikat, és az Earl Warren vezette Legfelső Bíróság védte a tiltakozókat. Az évtized polgári jogi tüntetésekkel kezdődött, ám az 1960-as évek végére a tiltakozás célpontja a vietnami háborúban való amerikai szerepvállalás lett.

A háborúellenes mozgalom marginális csoportok tüntetéseivel kezdődött. Ahogy egyre világosabbá vált, hogy sem a győzelem, sem a béke nincs elérhető közelségben, és hogy az Egyesült Államok fő hadviselő és nem csupán a dél-vietnami kormányt segítő erő, a tiltakozások a társadalom egyre nagyobb csoportjaira kezdtek kiterjedni. Hamarosan a választási politikában is megjelent a feszültség. A háborúellenes mozgalom kétségtelenül hozzájárult ahhoz, hogy Lyndon Johnson elnök 1968-ban úgy döntött, hogy nem indul a versenyben az újraválasztásáért; csakúgy, mint a Johnson által kijelölt utód, Hubert Humphrey vereségéhez, és ahhoz, hogy a háború olyan nyílt ellenzői lehettek elnökjelöltek, mint Robert Kennedy, Eugene McCarthy és George McGovern.

A háborúellenes mozgalom taktikája is változott, a Martin Luther King által bevezetett erőszakmentes polgárjogi tüntetések „konfrontációs politikává" változtak, azaz olyan tömeggyűlésekké, amelyek nemritkán pusztító és erőszakos fordulatot vettek. Egyes összetűzések ezek közül, mint például az 1967-es felvonulás a Pentagonnál vagy a Demokrata Párt chicagói jelölőgyűlése 1968-ban mára már történelmünk jelentős eseményei lettek. A katonai behívásokat is támadták. Háborúellenes aktivisták elégették a katonai behívójukat, ellenállásra szólítottak föl, megtámadták a szövetségi sorozóirodákat *(Selective Service System)*, és gyakran megakadályozták, hogy a fegyveres testületek toborozhassanak az egyetemi kampuszokon. Hadiszállító magánvállalkozások váltak a tiltakozások célpontjaivá, gyakran sértő és szemtelen módon.

E taktikák a politikai tolerancia határait tesztelték. Országunkban a szabad szólás hagyománya sosem volt libertariánus. Minden, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos esetben a védett és a nem védett szólás közötti határvonal meghúzása a feladat. A Legfelső Bíróság mindig azt kutatta, hogyan lehet a rendfenntartó állami érdeket lecsillapítani, és ahogy a háborúellenes mozgalom taktikája egyre harciasabb lett, ezen érdek is egyre erősödött. A Warren-testület elkötelezettsége a szabad és nyílt viták iránt egyre nagyobb nyomás alá került.

I.

1971. június 13-án a háborús tiltakozás fordulóponthoz érkezett, és új próba elé állította a szabad szólás hagyományát. A *New York Times*, a legnevesebb és legtekintélyesebb amerikai újság elkezdte közzétenni a Pentagon-iratokat. Az eredetileg „Az Egyesült Államok döntési folyamatának története a vietnami kérdés ügyében" *(History of the United States Decision Making Process on Vietnam Policy)* címet viselő anyag 47 kötet terjedelemben mutatta be az Egyesült Államok szerepvállalását Indokínában. A tanulmányt 1967-ben Robert McNamara akkori hadügyminiszter rendelte meg, és elkészítése több mint egy évet vett igénybe. A szerzők hozzáfértek hivatalos kormányzati anyagokhoz és feljegyzésekhez, beleértve szigorúan titkosított iratokat is. A végeredmény egy (mintegy 3000 oldalas) elbeszélés és a hivatalos iratok (mintegy 4000 oldalas) gyűjteménye lett. A Pentagon-iratokat önmagában szigorúan bizalmasnak minősítették.

Az iratok megjelenése a *New York Times*ban azonnali felzúdulást okozott, és Washington is tüstént válaszolt. Már másnap, június 14-én az Egyesült Államok legfőbb ügyésze az alábbi táviratot küldte a lapnak:

Arthur Ochs Sulzberger
Elnök és Kiadó
New York, New York

A Védelmi Miniszter értesített, hogy a New York Times *által 1971. június 13-án és 14-én közzétett, „Kulcsfontosságú anyagok a Pentagon vietnami tanulmányából" címet viselő szöveg az Egyesült Államok nemzetvédelmével kapcsolatos információkat tartalmaz, amelyek szigorúan bizalmas besorolás alá esnek.*

Az ilyen információk közzétételét az Egyesült Államok Törvénykönyvének 18. cím alatti Törvény a kémkedésről című rendelkezése, 793. szakasz, kifejezetten tiltja.

Ezen kívül, hasonló jellegű információk további közlése jóvátehetetlen károkat fog okozni az Egyesült Államok nemzetvédelmi érdekeinek.

Ennek megfelelően tisztelettel kérem, ne tegyen közzé több ehhez hasonló információt, és biztosítson arról, hogy megfelelő intézkedéseket hozott a dokumentumoknak a Védelmi Minisztérium számára való visszaszolgáltatására.

John N. Mitchell
Legfőbb Ügyész

Hogy mi állt e követelés mögött? Ez máig fogas kérdés, nagyrészt azért, mert a Pentagon-iratok egy történeti jellegű dokumentum volt, ami a második világháborútól 1968-ig terjedő időszak eseményeit tekintette át. A történelem természetesen okozhat kellemetlen pillanatokat egy kormányzat számára, ám nehéz megítélni, hogy *ez* a történet – amely 1968-ban megszakadt, és amely döntően az amerikai katonai akciók elterjedésével foglalkozik a John Kennedy és Lyndon Johnson demokrata elnökök alatti időszakban – hogyan lehet kellemetlen *ennek* a Richard Nixon vezette republikánus kormánynak, amely 1969-ben állt fel. Elképzelhető, hogy az iratok publikálása valahogy befolyásolhatta az éppen folyó béketárgyalásokat; a közzététel erősíthette volna a háborúellenes mozgalmat, és ily módon ösztökélhette volna a Dél-Vietnami Nemzeti Felszabadítási Frontot *(Viet Cong)* vagy Észak-Vietnamot, hogy hajthatatlanok legyenek. Vagy talán a dokumentumok között voltak olyanok, amelyek bár 1968-nál korábbról származtak, mégis tartalmazhattak érzékeny információt a későbbi katonai helyzettel vagy a technológiával kapcsolatban. Ám e magyarázatok ma túlzásnak tűnnek, és 1968-ban is annak tűntek. Mint azt Brennan legfelső bírósági bíró mondta a nem sokkal később indult eljárás során, a legfőbb ügyész a bírói eljárás teljes időtartama alatt egyetlen konkrétumot sem említett, amellyel illusztrálta volna, hogy az iratok közzététele milyen módon veszélyeztethette „az Egyesült Államok nemzetvédelmi érdekeit". „A kormány érvelésében az ütőkártya ezen ügyek teljes ideje alatt – mondta Brennan bíró – az volt, hogy az iratok publikálása különféle módokon »csorbíthatja« vagy »csorbíthatná« a nemzet érdekeit."[1]

Gyanítom, hogy a legfőbb ügyész kevéssé e tanulmány közzététele miatt, ám sokkal inkább a *hatalom szerkezetét* ért kihívás miatt aggódott. Mitchell az iratok közzétételében mindenekelőtt a titkosítási rendszer sérthetetlenségével és a kormánynak e rendszer védelmére való képességével szembeni fenyegetést látott. Ez az oka annak, hogy aggodalma nem korlátozódott a *New York Times*ra, hanem Daniel Ellsbergre, a RAND kutatóintézet alkalmazottjára is kiterjedt, aki az iratokkal dolgozott, és aki megszegve a titkosítási szabályokat, eljuttatta azokat a *New York Times*hoz. A kormány számára az, hogy Ellsberg eljuttatta az iratokat a laphoz, és hogy a *Times* a megjelentetésük mellett döntött, kevésbé az indokínai

[1] *New York Times Co. v. Unites States,* 403 U.S. 713, 725 (1971). Lásd általában John Cary SIMS: Triangulating the Boundaries of Pentagon Papers. 2 *William & Mary Bill of Rights Journal* 341 (1993).

háborút fenyegette, mint inkább a végrehajtó hatalomnak a képességét arra nézve, hogy a nemzetbiztonsággal kapcsolatos ügyeit titokban tartsa.

A *New York Times* természetesen másképp látta a dolgot, és megtagadta, hogy teljesítse a legfőbb ügyész követelését a közzététel felfüggesztését illetően. A lap nyilvános közleményében leszögezte, hogy „az ország népének érdeke, hogy megismerje a cikksorozat tartalmát". A *New York Times* így nyilatkozva jelezte, hogy vállalja annak kockázatát, hogy a kémkedési törvény alapján vád alá helyezik, ahogy azzal táviratban fenyegetőztek. A *New York Times* állt a megpróbáltatások elébe. Azonban a legfőbb ügyész fenyegetésére, hogy az iratok kiadását felfüggesztő végzést kér – amely konkrétabb formát is öltött a táviratot követően –, válaszképp szelídebben fogalmaztak, tartva a távirat azon mondatától, amely „helyrehozhatatlan károkról" beszél. A *New York Times* kijelentette, hogy megtámadja a bíróságon a felfüggesztő határozatot, ám mindenesetre „engedelmeskedik a bíróság végső döntésének". Más szóval, a *New York Times* felkészült arra, hogy a kémkedési törvény alapján perbe fogják, de a bíróság megsértését *(contempt)* nem akarta megkockázatni, ami megtörtént volna, ha a felfüggesztő határozat ellenére folytatják az anyag publikálását.

E felemás választ és a harmadik rész megjelenését követően a legfőbb ügyész beváltotta fenyegetését, miszerint felfüggesztő végzést kér a lap ellen, és a New York-i szövetségi bíróságon megtette ehhez a megfelelő lépéseket. A peres bíróságon sikerrel járt, és a *New York Times,* bár fellebbezett a Szövetségi Fellebbviteli Bírósághoz *(Second Circuit),* felfüggesztette a sorozat megjelentetését. Úgy tűnt, hogy a kormány az első csatát megnyerte, ám igen hamar úgy tűnt, hogy a felfüggesztő határozatnak vajmi kevés jelentősége van. A kongresszus egyes tagjai hozzájutottak az iratok példányaihoz, és Mike Gravel szenátor nekilátott az iratok felolvasásának, hogy azokat rögzítse a törvényhozás jegyzőkönyve, a *Congressional Record.* A *Washington Post* szintén szerzett egy példányt az iratokból, és nekilátott azok közzétételének. A legfőbb ügyész perbe fogta a lapot a washingtoni szövetségi bíróságon. Azonban ellentétben a New York-i döntéssel, a washingtoni bíróság nem adott ki felfüggesztési végzést a *Washington Post* publikációival szemben. E döntést megerősítette District of Columbia Fellebbviteli Bírósága, míg a Szövetségi Fellebbviteli Bíróság a felfüggesztő végzést erősítette meg.

E különös helyzet két beadványt eredményezett a Legfelső Bíróságra. A legfőbb ügyész a washingtoni ítélet felülvizsgálatáért, a *New York Times* a New York-i döntés felülvizsgálatáért nyújtott be keresetet. A Legfelső Bíróság nem térhetett ki a feladat elől, és az idő is sürgetett. A *New York Times* érvelése szerint fontos az olvasói számára, hogy mielőbb hozzáférjenek az iratok tartalmához, ezért kérte a folytatás engedélyezését. A legfőbb ügyész is érdekelt volt a gyors döntésben, mivel ahogy teltek a napok, egyre nagyobb volt annak a veszélye, hogy követelése, legalábbis ami a Pentagon-iratokat illeti, már csak formális lesz: nem marad titok, amit meg lehetne védeni. Még azután is, hogy a beadványok megérkeztek a Legfelső Bíróságra, az iratok országszerte különféle lapokban kezdtek felbukkanni:

először a *Boston Globe*-ban, aztán a *St. Louis Post-Dispatch*ben, majd a *Los Angeles Times*ban. A Legfelső Bíróság szintén érdekelt volt a gyors ügyintézésben: éppen nyári szabadságára készült visszavonulni.

Mindezt a nyomást érzékelve a Legfelső Bíróság meggyorsította az ügymenetet. Felfüggesztő utasítást küldött a New York-i és a washingtoni bíróságokra, hogy a *status quo* ne változzon a két ügyben; minden féltől rövid határidővel kérte a beadványokat, még szombati napon is tartott szóbeli meghallgatásokat, mely körülmények csak növelték a közérdeklődést az ügy iránt. 1971. június 30-án, alig több mint két héttel az után, hogy az iratok először megjelentek a *New York Times*ban és hogy a legfőbb ügyész perbe fogta a lapot, a Legfelső Bíróság kihirdette az ítéletét és visszautasította a legfőbb ügyész keresetét. A szabad szólás győzött, de a lehető legkülönösebb módon.

Egyfelől a bíróság sokféle hangon szólalt meg. A kilenc bíró kilenc eltérő véleményt fogalmazott meg, és bár egyesek közülük csatlakoztak később valamelyik társuk véleményéhez, véleményeik több csoportba oszlottak. A bírák közül hárman – Burger, Harlan és Blackmun – engedélyezték volna a legfőbb ügyész számára a felfüggesztő végzést, azaz ők különvéleményt fogalmaztak meg. A többi hat bíró – akik együtt a többséget képviselték – között nem volt egyetértés, hogy mi legyen a felfüggesztő végzés megtagadásának indoka. Marshall bíró a hatalmi ágak szétválasztását idézte meg. Először, mint leszögezte, a végrehajtó hatalomnak a kongresszus által megszabott büntetőjogi eszközök használatára kellene korlátoznia működését; másodszor, a bíróságok nem „alkothatnak törvényt" szabadon, ami megtörténne, ha egy olyan felfüggesztő végzést bocsátanának ki, amelynek nincs törvényi alapja. A többi öt bíró szintén a végzés ellen szavazott, de ők a szólásszabadság alapján elemezték az esetet. Ugyanakkor ők is megosztottak voltak bizonyos kérdésekben. Black és Douglas bíró libertariánus álláspontot foglalt el: a szabad szólás abszolút, amely nem visel el semmilyen állami cenzúrát, legyen annak formája egy felfüggesztő végzés vagy más, és legyen bár annak indoka a nemzetbiztonság vagy kevésbé emelkedett cél. A másik három bíró, akik az ügyet a szabad szólás fogalmai szerint vizsgálták – Brennan, Stewart és White bírók – a felfüggesztő végzést, a cenzúra intézményét vették szemügyre. A végzést az előzetes korlátozás egy formájaként értelmezték, és az Első Alkotmánykiegészítést az előzetes korlátozást különösen tiltó rendelkezésként értették.

Brennan bíró fogalmazta meg legtisztábban, hogy milyen nagy teher hárul az államra, ha indokot akar szolgáltatni az előzetes korlátozás elrendeléséhez: „Ilyen módon csak akkor adható ki egy ideiglenes korlátozó rendelkezés, ha az állam igazolásképp bizonyítani tudja, hogy állításának megfelelően a kiadvány nyilvánvaló, közvetlen és azonnali módon okoz olyan eseményt, amelynek következményei rokoníthatóak egy már tengeren lévő rakomány veszélyeztetésével."[2]

[2] 403 U.S. at 726–27.

Stewart bíró hasonlóan állította, hogy az előzetes korlátozás akkor tolerálható, ha a korlátozandó kifejezés eredményeként „közvetlen, azonnali és jóvátehetetlen kárt szenvedne az ország vagy annak népe."[3] Azt is felvezette, hogy egy enyhébb mérce alkalmazható lenne úgynevezett későbbi korlátozásra – a leginkább baljóslatú ezek közül a kémkedésért való vádemelés, amivel a legfőbb ügyész fenyegetett. White bíró, a harmadik azok közül, akik az előzetes korlátozás elvére hivatkoztak véleményükben, meglehetősen egyértelműen fogalmazott ebben a kérdésben: „Az előzetes korlátozás szokatlanul nagy súlyú érveket kíván meg az Első Alkotmánykiegészítésben foglaltak szerint; azonban ha az állam nem tudja megindokolni az előzetes korlátozást, az még nem csorbítja alkotmányos jogosultságát arra, hogy bűncselekményt megvalósító publikáció miatt járjon el. Az, hogy a kormány hibásan előzetes korlátozást kívánt foganatosítani, nem jelenti, hogy más módon ne járhatna el sikeresen."[4] Ő ugyanakkor, ellentétben Brennannel és Stewarttal, meglepő módon hallgatott arról, hogy milyen szigorú mércét kívánna meg az előzetes korlátozás.

Hogy a dolgok csak bonyolódjanak, a Legfelső Bíróság közzétett egy tizedik, „Per Curiam" véleményt is. E cím alatt általában jelentéktelen vélemények vagy utasítások jelennek meg, amelyekben nincs véleménykülönbség a bírák között, és amikor az eldöntendő kérdés annyira triviális, hogy nem igényel terjedelmesebb indoklást. Ebben az esetben a Per Curiam ítélet teljesen más célt szolgált. Az volt a feladata, hogy egy közös pontot, egy fogódzót találjon, amiből kiindulva a Legfelső Bíróság döntése – a felfüggesztő végzés érvénytelenítése – levezethető.

A bírák véleményeinek közös nevezőre hozásában a Per Curiam vélemény meglepően hézagos volt. Mindössze annyit tett, hogy leírta a bíróság előtt levő esetek procedurális jellemzőit, kihirdetette az eredményt (a felfüggesztő végzés érvénytelenítése), és igazolta a döntést néhány korábbi ügyet idézve. Az idézetek az alábbi szillogizmust alkották: (1) a felfüggesztő végzés előzetes korlátozás; (2) az előzetes korlátozások rendkívül szoros indokolást igényelnek; (3) a legfőbb ügyész elmulasztott efféle szoros indokolással szolgálni; (4) ennél fogva a Pentagon-iratokkal szemben érvényesített felfüggesztő végzés érvénytelen.

Ez a logikai levezetés nagy vonalakban Brennan, Stewart és White bírák álláspontját tartalmazta. Black és Douglas, a libertariánusok, a negyedik következtetéssel értettek egyet. Úgy vélték, hogy az első három pontban foglaltak a minimálisan szükséges normát jelentik (Douglas ezt explicit módon megfogalmazta véleményében, amihez Black csatlakozott); álláspontjuk értelmében ugyanezt a mércét alkalmaznák későbbi korlátozásokra is. Még az is feltételezhető, hogy a különvéleményt megfogalmazó hármak – Burger, Harlan és Blackmun – is egyetértettek az első két ponttal, amelyek elismerik az előzetes korlátozás elvét. E kiin-

[3] 403 U.S. at 730.
[4] 403 U.S. at 733.

dulópontokat megfelelő precedensek támogatták, régebbiek, újabbak egyaránt, és néhány évre rá Burger, a Legfelső Bíróság elnöke, a különvéleményt megfogalmazók egyike így írt a *Pentagon-iratok*ról: „A Legfelső Bíróság minden tagja hallgatólagosan vagy explicit módon … vélhetőleg alkotmányellenesnek tartotta az előzetes korlátozást.”[5] Ezt is figyelembe véve a különvéleményen lévő bírák csak a harmadik kiindulópontot ellenezték, amely az előzetes korlátozás elvét a szóban forgó esetre alkalmazta.

[5] *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations,* 413 U.S. 376, 396 (1973) – különvélemény. A *Pentagon-iratok* esetben a gyors döntéshozatal érdekében a bírák egyenként írták meg véleményüket, ez esetben mellőzve a vélemények szokásos köröztetését és megbeszélését. A hagyományos eljárás gyakorta kihozza a közös elemeket, és élesíti a véleményekben megjelenő ellentéteket.

II.

A sajtó és a tudományos közösség lelkesen üdvözölte a Legfelső Bíróság ítéletét. A *New York Times*ban egy másnapi szerkesztőségi cikk „történelminek" nevezte a bírósági döntést, mint „a szabadság világraszóló győzelmét a jog területén"; a lap kijelentette, hogy a „az ország legfelső bírói hatalma szilárdan megerősítette a nép tájékozódáshoz való jogát." Ez természetesen túlzás. Ami magukat a Pentagon-iratokat illeti, a Legfelső Bíróság ítélete nem sokat számított – mire a bíróság döntést hozott, addigra a tanulmány már széles körben ismert volt, mely tény White bíró indokolásában szerepel is. Az iratok közzététele megakadályozásának konkrét kérdésén túl az ügy lehetőséget nyújtott a Legfelső Bíróságnak az Első Alkotmány-kiegészítéssel kapcsolatos kérdések rendezésére, és arra, hogy meghúzzák a választóvonalat a szabad szólás és a nemzetbiztonság érdekében történő titkosítás között: ezen a szinten a Legfelső Bíróság gyakorlatilag nem alkotott lényegeset.

A Legfelső Bíróság már jóval a Pentagon-iratokkal kapcsolatos döntést megelőzően rendelkezett a végrehajtó hatalomnak az Alkotmány alá rendeléséről; azt ebben az ügyben sem vonták kétségbe. Igazából a legfőbb ügyész kimondatlanul tiszteletben tartotta ezt az elvet, amikor a bíróságokhoz fordult, hogy azok léptessék életbe a cenzúraintézkedést (a felfüggesztő végzést). A Pentagon-iratok esete pusztán illusztrálta a bírói hatalom fensőbbségét.

Hasonlóképp, az előzetes korlátozás doktrínájának a Legfelső Bíróság által megvalósított elemzése és értékelése nem bizonyult alkotmányjogi értelemben úttörőnek. A Legfelső Bíróság éppen csak hetekkel korábban idézte meg e doktrínát, hogy érvénytelenítsen egy *blockbustinggal* (a fehér ingatlantulajdonosokat kisebbségek beköltözésével riogató és tőlük így ingatlanjukat áron alul megszerző praktikával) vádolt ingatlanügynökség elleni demonstrációt – szórólapozást és tiltakozó menet tartását – felfüggesztő végzést.[6] A Pentagon-iratok esete legfeljebb megerősítette az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrínát egy, a korábbiaktól eltérő kontextusban, és rendkívül látványos módon. *Ez* lenne az ünneplés oka?

---

[6] *Org. for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971).

Harry Kalven, a korszak neves Első Alkotmánykiegészítés-kutatója mindenképp így gondolta. A *Harvard Law Review* 1971-es Előszavában meleg szavakkal méltatta a Legfelső Bíróság ítéletét és általában az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrínát. Így fogalmazott: „Ahogyan a Legfelső Bíróság határozott a *New York Times*szal kapcsolatos ügyben, az nem mást jelent, mint hogy bármi, vagy lényegében bármi jogosult legalább egyszeri publikálásra." Ez a nézet természetesen cáfolható az értéktételezés alapján, miszerint legalábbis „lényegében bármi" – beleértve a „titkos", „szupertitkos" besorolás alá eső dokumentumokat – jogosult arra, hogy „legalább egyszer" közzé tegyék. Egy bizalmas besorolás alá eső dokumentum egyszeri közzététele az, ami itt számít; a libertariánus érvelésen kívül – amelyet a Legfelső Bíróság és Kalven maga is elvetett – senki sem támogatná az állami titkosítási rendszer viharos eltörlését. De ha ezt a kérdést félre is tesszük, Kalven professzor értékelése az eset fontosságával kapcsolatban egy inkább technikai, mintsem normatív alapon is cáfolható: az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrína kevésbé megfelelő védelmet szavatol, mint ahogy azt Kalven ígéri. Egyszerűen szólva nem következik belőle, hogy „lényegében bármi" „legalább egyszer" közzétehető lenne.

Az előzetes korlátozás doktrína alapvetően egy összehasonlításon alapuló eljárás. Azt mondja, hogy az előzetes korlátozást szigorúbban kell megítélni, mint az utólagos korlátozásokat, de azt nem mondja meg, hogy mennyivel kell a mércének magasabbnak lennie. A Legfelső Bíróság egyes tagjai, nevezetesen Stewart és Brennan bírák azt latolgatták, hogy az előzetes korlátozáshoz kötődő mércének egy abszolút skálán valóban magasabbnak kellene lennie – hasonlóan ahhoz a libertárius közeli állásponthoz, amelyet Black és Douglas bírák képviseltek a publikációk bármely korlátozásával kapcsolatban, legyen az előzetes vagy utólagos. Stewart és Brennan elrendelték volna a végzést az olyan szólással szemben, amely „közvetlen", „azonnali" és „jóvátehetetlen" kárral fenyeget, mint például egy tengeri hadmozdulat veszélyeztetése (a *Near v. Minnesota*[7] ismert példáját idézve). Valóban, ez a mérce „lényegében bármit" megvéd az előzetes korlátozástól. Azonban ezt a mércét nem foglalták bele a Per Curiam véleménybe, a Legfelső Bíróság ítéletébe – ahogy semmilyen más mércét sem, ami azt illeti. E hézagos Per Curiam döntés csak összehasonlításban mond bármit is.

Az előzetes korlátozás doktrína képlékenységét jól mutatja, hogy Burger legfelső bírósági elnök, aki a *Pentagon-iratok* esetben különvéleményt fogalmazott meg, később úgy fogalmazott, hogy az összes bíró támogatta az előzetes korlátozás doktrínát, és hogy a doktrína alapján bármilyen előzetes korlátozást „vélhetőleg alkotmányellenesnek" ítélt volna. Hogy e vélekedés milyen súlyú, vagy hogy

[7] 283 U.S. 697, 716 (1931).

azt mi tudná megdönteni, arra Burger nem tért ki. Ám önkéntelenül is hagyott két utalást, ami árulkodik gondolkodásáról. Először is, a legfelső bírósági elnök egyike volt azon három bírónak, akik a Pentagon-iratok perében úgy szavaztak, hogy engedélyezik a legfőbb ügyésznek a felfüggesztő végzés kibocsátását. Ha ilyen eredményre vezethetett, meglehetősen gyengének tekinthető ebben az esetben az előzetes korlátozás doktrína érvénye. A második motívum, ami alapján feltételezhetjük, hogy mi járhatott a fejében, az a *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*[8] esetből következtethető – egy újabb, a legfelső bírósági elnök nevéhez fűződő döntésből.

A *Nebraska Press* esetben Nebraska állam bírója kiadott egy felfüggesztő végzést egy hattagú család meggyilkolásával vádolt férfi vallomásának újságbéli megjelentetésével szemben, mely vallomás nyilvános bírósági tárgyaláson hangzott el. A peres bíróság attól tartott, hogy az ügy széles körű, előítéletes sajtómegjelenései veszélyeztethetik a gyanúsítottnak a Hatodik Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogát a méltányos peres eljáráshoz, mivel lehetetlen lenne összegyűjteni egy pártatlan esküdtszéket. Burger legfelső bírósági elnök a testület többségi véleményét megfogalmazva helyeselte az előzetes korlátozás elvét és a *Pentagon-iratok* eset örökségét, holott a gyengébb, „nyilvánvaló és közvetlen veszély" mércét alkalmazta az előzetes korlátozás megítélésének mércéjeként. Ezen mérce szerint az a kérdés, hogy „a »gonosz« súlya, valószínűségének megfelelő mértékűre csökkentve, igazolja-e a szólásszabadságba való beavatkozást azzal az indokkal, hogy megelőzzük e veszélyt."[9] A *Nebraska Press* esetben a legfelső bírósági elnök fenntartotta, hogy az elhallgattató végzés nem teljesítette az előzetes korlátozáshoz szükséges követelményeket, mivel az alacsonyabb szintű bíróság következtetése a közzéteendő esetnek az esküdtekre gyakorolt hatásával kapcsolatban „spekulatív" volt.[10] Ám tekintve az úgynevezett „gonosz" súlyát, melyet nemzetbiztonsági ügyek kapcsán folyton emlegetünk, a mérce, mely alapján a valószínűtlenség kiigazítja a súlyt, jóval nagyobb hatalmat ad a cenzor kezébe. Valójában a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély" mérce a leghírhedtebb, és egyben a legkevésbé védelmező jellegű az Első Alkotmánykiegészítés történetében, még az utólagos korlátozások területén is. Elég, ha arra utalunk, hogy ennek alkalmazása révén volt lehetséges a McCarthy-korszakban elítélni a kommunista vezetőket. Tulajdonképpen az, hogy Burger legfelső bírósági elnök megidézte a tesztet, az vezette Brennan és Stewart bírókat arra, hogy határozottan elkülönüljenek a legfelső bíró-

---

[8] 427 U.S. 539 (1976).

[9] A teszt innen származik: *United States v. Dennis,* 1983 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950) megerősíti 341 U.S. 494 (1951). Idézi és alkalmazza: *Nebraska Press,* 427 U.S. at 562.

[10] 427 U.S. 539 (1976).

sági elnöknek a *Nebraska Press* ügyben alkotott véleményétől, annak ellenére, hogy a végeredményben egyetértettek.[11]

Míg az igaz, hogy Burger legfelső bírósági elnök egyike volt azokak, akik különvéleményt fogalmaztak meg a *Pentagon-iratok* esetben, pusztán ezen az alapon nem utasítható el könnyedén a *Nebraska Press* eset ítéletéhez fűzött megjegyzése. White bíró, azon ötök egyike, akik a Per Curiam véleményt fűzték a *Pentagon-iratok*hoz, csatlakozott a legfelső bírósági elnök véleményéhez a *Nebraska Press* esetben, jóllehet nem minden tétovázás nélkül tette ezt – szükségesnek tartott rövid magyarázatot fűzni döntéséhez. A *Pentagon-iratok* esetben White bíró explicit módon megfogalmazta, hogy az előzetes korlátozást magasabb mércéhez kell kötni, mint az utólagos korlátozást, és hogy az adott esetben a magasabb mércében foglaltak nem teljesültek. Azonban azzal kapcsolatban nem foglalt állást, hogy milyen szigorú legyen az előzetes korlátozás mércéje. Azzal, hogy Burger legfelső bírósági elnök véleményéhez csatlakozott a *Nebraska Press* esetben, meg is válaszolta a kérdést: nem túl magas.[12]

Kalven professzor értékelése a *Pentagon-iratok* esetével kapcsolatban azon az alapon hibás, hogy helytelenül tételezi az abszolúthoz közeli mérce meglétét az előzetes korlátozások esetében. E feltételezést nem támogatja a Legfelső Bíróság – Per Curiam – véleménye, és igazság szerint a későbbi ügyek is ellentmondtak annak, különösen a *Nebraska Press* eset. Kalven professzor szintén elmulasztotta megkérdőjelezni az előzetes korlátozásnak a Legfelső Bíróság által alkotott, merőben formalizált definícióját. A Legfelső Bíróság belefoglalta a felfüggesztő végzést, de kizárta a bűnvádi eljárást, ezáltal megengedve, hogy az utóbbit utólagos korlátozásként alkalmazzák, és ezáltal alacsonyabb mérce vonatkozzon rá. Így cse-

[11] Mind a *Nebraska Press* eredménye, mind az elemzés módszere – gyakorlatilag erős előfeltételezést teremteni az elhallgattató végzésekkel szemben – megkérdőjelezi a szóbeli formula lazaságát, a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély" mércének az előzetes korlátozás tesztjeként való használatát. Másrészt viszont Brennan és Stewart bírák félelme megalapozatlan: (a) egy szóbeli formula gyakran önálló életre kel, függetlenül attól, hogy egy bizonyos eset tényeire alkalmazták őket. (b) A bírák tarthattak tőle, hogy a szóbeli formula valószínűleg nem hoz rokon szellemű eredményeket a nemzetbiztonság területén, ahol a „gonosz" oly „mélységes", és az alternatív szabályozó eszközök megléte nem olyan nyilvánvaló, mint egy per esetében. (c) A szóbeli formulát Brennan és Stewart bírák olyannak tekinthették, mint amelynek zavaró hatása lesz az utólagos korlátozás mércéjére nézve. Ha a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély" mérce az előzetes korlátozás mércéje, és ennek kell a magasabb mércének lennie, akkor csak feltételezhetjük – vagy inkább félhetünk attól –, hogy mi lehet az utólagos korlátozás mércéje: lehetséges, hogy az első világháború racionalitás-mércéje lesz az, amely a cenzúrát igazoltnak tekintette, amennyiben a büntetőjogi jogszabály valahogyan kapcsolódik a legitim államérdek érzékelt fenyegetettségével?

[12] Gyanúm szerint White bírónak e kérdésben tanúsított habozása felelős a Per Curiam véleményben mutatkozó hézagért, ami az előzetes korlátozás mércéjének szigorúságát illeti: az ő szavazata (az ötödik) kellett ahhoz, hogy a Per Curiam többségi vélemény legyen.

lekedvén, a Legfelső Bíróság figyelmen kívül hagyta a felfüggesztő végzések és a büntető jogszabályok közti strukturális hasonlóságot.[13]

Hogy a strukturális hasonlóságot meglássuk, meg kell különböztetnünk egymástól a felfüggesztő végzés kiadásához vezető folyamat két fázisát: a végzés kiadását és a végrehajtást. A kiadási fázisban a végzés a büntető jogszabályra hasonlít: megállapít bizonyos magatartási követelményeket, és büntetéssel fenyegeti azt, aki nem tartja be őket. Az elrettentés révén szabályoz. A felfüggesztő végzést gyakran az előzetes korlátozások közé sorolják, mivel a publikációt megelőzően adják ki azt. Ez csupán annyit jelent, hogy a felfüggesztési végzés még az elkerülendő esemény – itt a nyilvánosságra hozatal – megvalósulása előtt szabályoz: elrettent. Ez azonban éppúgy érvényes a büntető jogszabályra is. Korlátoz még a publikálás előtt; elrettent a későbbi cselekvéstől. A bűnvádi eljárás az esemény, a publikálás megtörténte után zajlik, azonban a bűnvádi folyamat ezen részét a felfüggesztési végzés folyamata végrehajtási fázisához kell hasonlítani – a bíróság megsértésével kapcsolatos eljáráshoz. Mindkét esetben büntetésben részesülnek, akik megsértik a magatartás elvárt szabályát. A bíróság megsértésének szankcionálása és a bűnvádi eljárás retrospektív cselekvések; a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály pedig megelőzők.

A *Pentagon-iratok* esetben a Legfelső Bíróság felfüggesztő végzéssel nézett szembe, nem pedig büntető törvénnyel. Ám azáltal, hogy úgy döntött, hogy az előzetes korlátozás doktrínáját alkalmazza – kettős mércét léptetve ezáltal életbe, amely nagyobb elvárást fogalmaz meg az előzetes, mint az utólagos korlátozással szemben –, és emellett elfogadja az előzetes korlátozás – felfüggesztő végzés és nem büntető jogszabály formáját öltő – formalizált definícióját, a Legfelső Bíróság a büntető jogszabályt tehermentesítette. Érvényben hagyta a kémkedési törvényt *(Espionage Act)*, annak teljes, a hozzáférésre és közreadásra gyakorolt elrettentő erejével. Az állam titkosítási rendszerét így védte meg egy, a felfüggesztő végzéssel azonos erővel bíró jogi eszköz. Kalven lelkesedése ellenére a *Pentagon-iratok* ügye nem alapozta meg a helyzetet, amikor „lényegében bármi" jogosult arra, hogy „legalább egyszer" közzétegyék. Az igaz, hogy egyszer minden publikálható – de csak akkor, ha a kiadó kész szembenézni a rá váró vádemeléssel –; mint ahogy ugyanez volna a helyzet akkor is, ha felfüggesztő végzést adnának ki.

Természetesen vannak különbségek a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály között, még ha megelőző eszközként tekintünk is mindkettőre. A felfüggesztő végzés például valószínűleg konkrétabban fogalmazza meg, hogy mi is a tiltott

---

[13] A felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály közötti strukturális hasonlóság kérdését nagyobb mélységben tárgyalom könyvemben: Owen M. Fiss: *The Civil Rights Injunction.* Indiana University Press, 1978. Egy hasonló megközelítés: Steven R. Barnett: The Puzzle of Prior Restraint. 29 *Stanford Law Review* 539 (1977).

cselekvés, és kikre is vonatkozik a tilalom; ha egy felfüggesztő végzést megsértenek, a bírónak hatalmában áll a bíróság megsértése *(contempt)* miatt bűnvádi eljárást kezdeményezni; a bíróság megsértése esetén nincs esküdtszék, ha a büntetés csekélyebb (például hathavi szabadságvesztésnél kevesebb); és a felfüggesztő végzéssel szembeni védekezés eszközei korlátozottabbak. E különbségek alapján Kalven professzor a felfüggesztő végzést a cenzúra erőteljesebb és veszélyesebb eszközének tartotta, mint a jogszabályt, és úgy következtetett, hogy emiatt a felfüggesztő végzésre nézve az Első Alkotmánykiegészítés szigorúbb mércéje kellene hogy érvényesüljön. Én szkeptikusabb vagyok.[14]

Először is meglehet, hogy a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály között feltételezett különbséget a tények nem igazolják. Jóllehet, a felfüggesztő végzések gyakran rendelkeznek olyan sajátos konkrét elemekkel, amelyek ritkán sajátjai a büntető jogszabályoknak, ebben az esetben a legfőbb ügyész táviratában szereplő nagyon explicit és konkrét fenyegetések révén a kémkedési törvény konkrétnak tekinthető. A hasonló ügyekben az ügyészi fenyegetések nem számítanak szokatlannak. Másodszor, a felfüggesztő végzés egyes jellegzetességei, amelyek állítólag megkülönböztetik azt a büntető jogszabálytól, nagyon is támogathatják az Első Alkotmánykiegészítés értékeit, így az nem csak valószínűleg, hanem vélhetően ténylegesen a legmegfelelőbb szankció. Az intézkedés specifikus volta például csökkenti vagy ki is küszöböli a dermesztő hatást, melyet a homályos vagy túl tágan értelmezhető jogszabályok kiváltanak. Az a tény, hogy az „ügyészségi jogkör" a bíróság megsértésének bűncselekménye kapcsán inkább a bíró kezében van, mint egy politikai közhivatalnok, a legfőbb ügyész kezében, szintén a szólás védelmének újabb rétegét jelenti. A legfőbb ügyész valószínűleg érzékenyebb lesz a politikai többség felől érkező nyomással vagy az általa szolgált adminisztráció politikai szükségleteivel kapcsolatban – amely nyomásokkal szemben az Első Alkotmánykiegészítésnek védelmet kell nyújtania. Harmadszor, a felfüggesztő végzés mint elrettenő eszköz úgynevezett erősségeinek egyikét-másikát más faktorok ellensúlyozzák. A felfüggesztő végzés specifikus volta és az esküdtszék hiánya például növelheti annak esélyét, hogy a büntetést a felfüggesztő végzés megsértése miatt szabják ki, szemben a jogszabály megsértése miatt kiszabott büntetéssel; másrészt viszont a felfüggesztő végzés megsértésének előre látható bírsága általában csekély, különösen, ha egy büntető jogszabály megsértése esetén kiszabott tétellel hasonlítjuk össze, amely lehet 10 000 dollár büntetés és tíz év börtön. Egy jogi eszköz elrettentő hatása a várható büntetéssel kapcsolatos bizonyosságban és a büntetés mértékében *együttesen* keresendő.

[14] A felfüggesztő végzések és a büntető jogszabályok közti ezen és további különbségek, továbbá ezek relevanciája az előzetes korlátozás doktrínája tekintetében nagyobb mélységű tárgyalást kap, lásd Fiss i. m. (13. lj.) 69–74.

Igaz, hogy ez esetben a *New York Times* hajlandó volt kockáztatni a kémkedési törvény szabta bűnvádi eljárás esélyét, de nem kockáztatta meg a felfüggesztő végzés figyelmen kívül hagyását. Emlékezzünk csak a lap kétarcú válaszára, amit John Mitchell távirata nyomán küldtek. Azonban a *New York Times* válaszának valószínűleg kevés köze volt a felfüggesztő végzés és a kémkedési törvény elrettentő erejéhez. A lap válasza sokkal inkább a saját kettős intézményi jellege – egyszerre a szabad szólás bajnoka és felelősségtudó vállalati polgár – kifejeződésének volt tekinthető, mely szerepben hajlandó volt ujjat húzni a politikai hatalmi ággal, de a bíróival nem. Ugyanakkor nem valószínű, hogy hasonlóan megosztottnak éreznék magukat mindazok, akik készek elkötelezni magukat a kormányzati politika radikális bírálata mellett. A *New York Times* a későbbiekben nem adott kielégítő magyarázatot e kettős döntésére. Az igazság szerint a lap általános jogtanácsosa egy tájékoztatót adott ki még ugyanazon év őszén, melyben elismerte, hogy hiba volt megígérni, hogy betartják a felfüggesztő végzést.[15] A későbbiekben a New York Times fenntartotta magának azt a jogot, hogy eldöntse, engedelmeskedik-e valamely cikkével szemben kiadott felfüggesztő végzésnek.

Kalven professzor egy végső kísérletében, melyben megpróbálta azonosítani a *Pentagon-irat*ok ügyének eredményeit, úgy vélekedett, hogy a *New York Times* megosztott válasza – legyen annak bármi is az oka – ebben a konkrét esetben vonzóvá tehette a felfüggesztő végzés doktrínáját mint eszközt, „a polgári engedetlenségi mozgalom esélyének" megőrzésére. A lap a kémkedési törvényt kész volt az emberek tájékozódáshoz való jogának nevében megszegni, de a felfüggesztő végzést nem. Azonban nyilvánvaló, hogy mire a Legfelső Bíróság meghozta ítéletét, a polgári engedetlenségi pillanat már elillant. Daniel Ellsberg már hozzájutott a tanulmányhoz és eljuttatta a *New York Times*hoz. A lap felkészülhetett, hogy engedelmeskedjen az eljárás végső döntésének és az ügy lezárultáig visszatartsa a további részeket, azonban mások nem így voltak ezzel. Az iratok egyre szélesebb körben terjedtek el, ahogy az ügy haladt előre a bírósági folyamatokon. Mire a Legfelső Bíróság végre megszólalt, már az anyag egésze nyilvános volt. A Legfelső Bíróság előtt lévő ügy nem arról szólt, hogy meg kell-e védeni azt a lehetőséget, hogy akár Ellsberg, akár a *New York Times* polgári engedetlenségi akciót kezdeményezhessen; az a lehetőség már rég tovaszállt. Az igazi kérdés általánosságban a *hatalom szerkezetéről* szólt, az államtitkok sérthetetlenségéről; és a Legfelső Bíróság e szerkezetet érintetlenül hagyta.

A Legfelső Bíróság döntését követő hónapokban a legfőbb ügyész beváltotta a kémkedési törvénnyel kapcsolatos ígéretét. 1971 nyarán az esküdtszékek összegyűltek. A dolgok úgy alakultak, hogy sem a *New York Times*, sem pedig a lap

[15] Lásd a 17. lábjegyzetet és a kapcsolódó szövegeket, magyarázandó a választ, mely egyébként megmagyarázhatatlan.

vezetői vagy riporterei ellen nem emeltek vádat. Sosem tudjuk meg, hogy ez miért történt így: hogy a legfőbb ügyész döntött-e úgy, nem foganatosítja a vádemelést a lap ellen, vagy esetleg az esküdtszék akadályozta-e meg a vádemelést; vagy, hogy mely alapon emeltek volna vádat. Vannak, akik azt, hogy a *New York Times*nak a *Pentagon-iratok* ügyben hozott legfelső bírósági ítélettel szerencséje volt, nem a döntés formális feltételeinek tulajdonítják, hanem az eset egyszerű következményének, amely politikailag megnehezítette volna a kormány számára, hogy a *New York Times* ellen elérje, vagy akár csak kérje a vádemelést, mert az közölte az anyagot. Az eset népszerű olvasata úgy szólt, hogy a Legfelső Bíróság „megengedte" a *New York Times*nak, hogy az közreadja a Pentagon-iratokat. Sose tudjuk meg, hogy e feltevés megállja-e a helyét. Amit mindenesetre tudunk, az az, hogy Daniel Ellsberg ellen vádat emeltek, és a kémkedési törvényben foglaltak alapján lefolytatták ellene a büntetőpert. Az ellene hozott vádat végül elutasították, azonban nem a *Pentagon-iratok* ügye, vagy valamely, a szólásszabadsághoz kötődő megfontolás miatt. A vádat egy sor mellékkörülmény miatt ejtették – a vádemelés során történt kormányzati túlkapások következtében (például bizonyítékok után kutatva betörtek Ellsberg pszichiáterének irodájába; felajánlották az FBI igazgatói székét a per bírájának), mely túlkapások, hogy történetünk egy újabb csavart vegyen, végül hozzájárultak ahhoz, hogy 1974-ben Richard Nixon elnök ellen vádat emeltek.

Végül is a *Pentagon-iratok* ügyét úgy kell látnunk, mint a szólásszabadság győzelmét – a Legfelső Bíróság az ügyben a helyes álláspont mellett döntött. Azonban megítélésem szerint ez nem volt sem „világraszóló győzelem", sem pedig „szilárd megerősítése" a „nép tájékozódáshoz való jogának". Inkább arról volt szó, hogy a Legfelső Bíróság egy átmeneti testülete, már az új legfelső bírósági elnök, Warren Burger vezetése alatt, de még az előző korszak olyan bíráival a testületben, mint Black, Douglas, Brennan és Marshall – egyszerűen épített a megelőző korszak eredményeire. Az Earl Warren vezette Legfelső Bíróság jelentős változásokat hozott az Egyesült Államokban a szólásszabadság területén, és e testület öröksége volt az, ami bátorította és talán ösztönözte is a *New York Times*t, Daniel Ellsberget és a háborúellenes mozgalmat, hogy azt tegyék, amit tettek. A *Pentagon-iratok* esete drasztikus módon juttatta kifejezésre a Warren-testület örökségét. Ezt a hatást azonban csak az ügy végkimenetele, azaz a legfőbb ügyész kérésének megtagadása által, és nem az előzetes korlátozás doktrína megidézésével érte el.

III.

Az előzetes korlátozás doktrína az 1930-as években a *Near v. Minnesota* esetben nyert jelentős kifejezést. Az ezt követő negyven évben nemigen játszott szerepet, igazság szerint a Warren-testület tizenöt éve alatt lényegében láthatatlan volt. Az 1970-es években azonban a Burger-testület kedvencévé vált, és a szabad szólással kapcsolatos ügyekben egyre fontosabb szerepet játszott a Legfelső Bíróság gyakorlatában.[16] Minek köszönhető ez a változás? A válasz részben a *Pentagon-iratok* esetben, illetve abban a szerepben keresendő, melyet a doktrína a fenti ügyben játszott.

Az előzetes korlátozás doktrína megkülönböztető jellegzetessége az ambivalencia. Egyfelől a felfüggesztő végzést magasabb mércéhez köti, mint a büntető jogszabályt; másfelől viszont nem helyezi el e mércét egy abszolút skálán, és nem szolgáltat védelmet más megelőző jellegű eljárásokkal szemben, mint amilyen például a büntető jogszabály; jóllehet, az éppoly elrettentő erővel bír a szólással szemben. Tisztán analitikus szempontból nézve ez az ambivalencia hibának, inkoherenciának tűnhet, más szempontból viszont ez az ambivalencia csak növelte a doktrína népszerűségét egy megosztott, a jobboldal felé tolódó testület szemében.

---

[16] Lásd *Vance v. Universal Amusement Co. Inc.*, 445 U.S. 308 (1980); *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*, 413 U.S. 976 (1973); *Org. for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971). Ahogy a Legfelső Bíróság az 1980-as és '90-es években fokozatosan jobbra tolódott, az előzetes korlátozás doktrína stratégiai fontossága csökkent, csakúgy, mint használatának gyakorisága. Lásd például *Madsen v. Women's Health Center,* 114 S. Ct. 2516 (1994) – egy tüntetést megakadályozó, felfüggesztő végzés esetében; *Alexander v. United States,* 113. S. Ct. 2766 (1993) – elutasítja az előzetes korlátozás elemzésének alkalmazását olyan kiadványok elkobzása esetében, amelyeknek nem volt ismert obszcén tartalmuk.

[17] Gyanítom, hogy a *New York Times*nak a legfőbb ügyész táviratára válaszul küldött, kettősséget sugalló válasza sikeresen elemezhető ebből a szempontból is. A felfüggesztő végzéssel szembeni engedelmességre vonatkozó ígéret e megközelítésben nem a felfüggesztő végzés nagyobb erejét bizonyítja, hanem inkább tűnik egy vádalkucselnek; egy mód arra késztetni a legfőbb ügyészt, hogy ne a kémkedési törvény alapján igyekezzen vádat emelni a *New York Times*szal szemben, hanem próbáljon inkább felfüggesztő végzést szerezni ellene.

A doktrína analitikus szempontból ambivalens szerkezete növelte az elv stratégiai hasznosságát.[17] Mindenkinek jutott valami.

A Legfelső Bíróság jobbszárnyának bírái, akik feltehetőleg fogékonyabbak az államnak a szabad szólást korlátozó érdekeire, kielégítőnek találnák a büntető jogszabály további használatát. Lehetőségük lenne arra is, hogy lerójják tiszteletüket az Első Alkotmánykiegészítéssel szemben, beburkolózzanak az előzetes korlátozást tiltó hagyomány fennkölt leplébe, aztán az előzetes korlátozás – egy alapvetően összehasonlításon alapuló mérce – üres korsóját olyan tartalommal töltsék meg, amely az abszolút skálán annyira korlátozó lehet, amennyire csak akarják. Mint arról Burger legfelső bírósági elnök nem mulasztott el megerősíteni bennünket, a *Pentagon-iratok* esetben a különvéleményt jegyző bírák is magukévá tették az előzetes korlátozás doktrínáját.

Egy liberálisabb bíró természetesen aggódna a hézagok miatt, amelyekről a doktrína hallgat, és azokra mint a cenzori hatalomnak tett hallgatólagos engedményekre tekintene. Egy ilyen bíró az utólagos korlátozásra minden bizonnyal ugyanolyan mércét állítana, mint ami az előzetes korlátozás esetében áll fenn. Black és Douglas bírák csakugyan ezt próbálták tenni a *Pentagon-iratok* esetében, ahogy Brennan bíró is a Warren-testület fénykorában [például amikor megalkotta a túl széles beavatkozás *(overbreadth)* doktrínáját]. Ám amikor világossá vált számukra, mint annak a *Pentagon-iratok* esetben történnie kellett, hogy a többség nem fogja magáénak tekinteni ezt az álláspontot, a liberális bíráknak immár nem állt érdekükben elutasítani az előzetes korlátozás doktrínáját. Lehet, hogy ez volt az egyetlen reményük. Sőt, egy liberális bíró – mint Brennan – még éppenséggel javasolhatta is, hogy az előzetes korlátozás doktrína szolgáljon a döntés alapjául; afféle kompromisszumos javaslatként, hogy így szerezzenek szavazatokat a középtől a Legfelső Bíróság testületében.

A Legfelső Bíróság ideológiai közepén helyet foglaló bírák – mint White vagy Stewart – számára szintén az előzetes korlátozás doktrínája mutatott kiutat ellentmondásos helyzetükből. E bírák a konzervatívoknál elkötelezettebbek voltak a szabad szólás iránt, ugyanakkor a liberálisoknál jobban tisztelték az ellentétes állami érdekeket – a szólás által fenyegetett olyan értékeket, mint az államtitkok rendszere vagy a nemzetvédelem szükségletei. Az előzetes korlátozás doktrínája nem oldotta fel az ambivalenciát, hanem, maga is ambivalens lévén, szolgálta azt. A cenzúra ellen hozott, az előzetes korlátozás doktrínára alapozott ítélet a cenzúra tétovázó, mérsékelt elutasítása, mivel *csupán* a felfüggesztő végzést utasítja el, anélkül, hogy hasonlóan intézkedne a büntetőjogi megtorlással szemben, és anélkül, hogy meggyőzően támogatná a szabad szólás értékeit. Az elutasítás gyengesége a legfelső bírósági közép tagjainak vonzó lehet, minthogy kifejezi értékeiket, és a liberálisok számára aggodalomra adna ugyan okot, de egy gyenge „nem" még mindig sokkal jobb nekik, mint egy „igen", ha a cenzúra engedélyezéséről születik döntés.

Az előzetes korlátozás doktrínájára ezért nem tekinthetünk úgy, mint amiben a szabad szólás értékei teljesen és koherensen kifejezésre jutnak; sokkal inkább vélhetjük stratégiai eszköznek, mely képes olyan kompromisszumot teremteni, amelynek legfőbb értéke a szólás szabadsága elleni döntés megakadályozása. Még ha nem is volt a szólás fényes győzelme a *Pentagon-iratok* eset, egy azzal ellentétes döntés, egy olyan ítélet, amely legitimálta volna a legfőbb ügyész hallgatást előíró követeléseit – dermesztő, és a csekély véleménykülönbséget tekintetbe véve felettébb valószerű gondolat – rettenetes csapást jelentett volna az Első Alkotmány-kiegészítésre. Akárcsak a háborút, azt a döntést meg kellett állítani, nem számít, hogy milyen eszközökkel.

8.

A szabad sajtó építése

Prológus

A berlini fal 1989-es leomlását követő sodró események során egyre több figyelem irányult az Egyesült Államok Legfelső Bíróságára és az általa létrehozott ítélkezési gyakorlata. A világ számára az Egyesült Államok tűnt a legszilárdabb és a legélettelibb demokráciának, és sokan gondolták, hogy e siker egyik kulcsa abban a szerepben rejlik, amelyet a Legfelső Bíróság alakított ki magának. Az összehasonlító alkotmányjog virágzó iparág lett. Nagyrészt üdvözöltem e fejleményeket, mert meggyőződésem, hogy a Legfelső Bíróság történetében jócskán van, amire büszkék lehetünk. Mindamellett aggódtam amiatt, hogy az 1980–90-es évek időszakában, amelyet a Ronald Reagan és a Margaret Thatcher által megvalósított kapitalizmus uralt, alkotmányos tapasztalatunkból esetleg helytelen következtetéseket lehet levonni. Ez volt a fő kérdés azon a „Kapitalizmus vagy demokrácia?” *című szemináriumon, amelyen George Priesttel tanítottam az 1990-es évek elején.*

Amióta Magyarország kilépett a szovjet blokkból, és alkotmányos demokráciát hozott létre, folyamatosan küszködött a szabad sajtó létrehozása kapcsán jelentkező problémákkal, különösen a rádió és a televízió területén. Ennélfogva természetes volt, hogy a régió első jelentős, a sajtószabadságot tárgyaló konferenciája Budapesten legyen. A konferencia 1993 júniusában a budapesti Közép-Európai Egyetemen ült össze, résztvevői között ott voltak a volt szovjet birodalom államainak képviselői csakúgy, mint az Egyesült Államokból, Németországból és Angliából érkezett kutatók. Az alábbi esszét e konferenciára írtam, és először a Yale Journal of International Law *1995. tavaszi számában jelent meg. A konferencia címe meglehetősen a szám íze szerint való volt,* „A médiához való hozzáférés jogainak fejlődése” *(The Development of Rights of Access to the Media); ezzel együtt, mint ahogy ez kitűnik esszémből is, úgy vélem, hogy a hozzáférést második generációs kérdésnek kell tekinteni, amelynek számbavétele csak azután történhet, ha az alapstruktúra már a helyére került.*

Az 1989-es év egy új kezdetet jelölt. A berlini fal és vele együtt a szovjet birodalom összeomlott. Kelet-Németországot hamarosan elnyelte a Német Szövetségi Köztársaság, ám Közép- és Kelet-Európa többi, korábban a Szovjetunió által fogságban tartott nemzete kikiáltotta függetlenségét. A történelem újabb fordulatot vett 1991-ben. Maga a Szovjetunió hullott széjjel, és romjain egy sor új ország jött létre Közép-Ázsiában és Kelet-Európában.

Az egykor a Szovjetunióhoz és birodalmához tartozó országok ma egy figyelemre méltó mértékű és intenzitású újjáépítési folyamat részesei. Ezen újjáépítési folyamat egy része a gazdaságban történik: a nagy szocialista kísérlet, amelyben az összes termelőeszközt az állam birtokolta, csődöt mondott. A szocializmusban a termékek és a szolgáltatások előállítása lemaradt a kapitalista társadalmak hasonló mutatói mögött, és a reformerek most a gazdaság hatékonyabbá tételének indokával magánkézbe adják az állami vállalatokat.

Az újjáépítés másik terepe a politika. Sok ország a korábbi szovjet blokkból elítélte totalitárius múltját és – gyakran egy új alkotmány létrehozása révén – demokratikus elvek mellett kötelezte magát arra, hogy a kormány lesz az, aki odafigyel a polgárok vágyaira és kívánságára, nem pedig fordítva.

Az újjáépítési folyamat gazdasági és politikai aspektusai sok szempontból harmonizálnak egymással. Valóban, a gazdasági reformok elősegíthetik a demokrácia létrehozását, és gyakran ezen indokok alapján is nyernek igazolást. Ha a kormányzati tisztviselők kezéből kikerül a hatalom az olyan gazdasági döntések meghozatalával kapcsolatban, mint például a munkahelyek vagy a keresetek kérdése, akkor ez nem csupán a hatékonyságot növeli, hanem egyben meg is fosztja e kormányzati tisztviselőket a társadalom fölötti hatalom gyakorlásának egy fontos eszközétől. Az emberek úgy fogják érezni, hogy szabadabban bírálhatnak és ellenkezhetnek. Az állam hivatalnokai bűnvádi eljárással természetesen még mindig megtorolhatják az állampolgári kritikákat. A büntetőjogi megtorlás persze szembetűnőbb, és ugyanakkor talán nehezebben is bevethető, mint az olyan gazdasági döntések, hogy kit vesznek fel vagy kit léptetnek elő. Mindenesetre a büntetőjogi megtorlás már a szocializmusban is lehetséges volt.

E szemszögből nézve elég egyszerűnek tűnik a szabad sajtó létrehozásának feladata az új demokráciákban. Az állami tulajdonban lévő médiavállalatokat – a nyomtatott sajtót és az elektronikus médiát egyaránt – adják magánkézbe. Adják el vagy egyszerűen adják át az olyan egységeket, mint a nyomdák vagy a stúdiók. Engedjék, hogy új médiavállalatok lépjenek a piacra. Egyes területeken szükséges a frekvenciaszűkösség miatt a központi frekvenciagazdálkodás a sugárzási interferencia elkerülése érdekében, azonban a műsorszolgáltatói szerződéseket oda lehet adni azoknak, akik a legtöbbet ígérik érte, de ki is lehet sorsolni őket. Semmi esetre sem maradhatnak a politikai rendszer támogatóinak kezében.

E gyors privatizációs program gazdasági hasznot jelentene az új rendszernek, és még annál is többet a demokrácia számára, mivel növelné a média államtól való függetlenségét. Az újságok, a televízió és a rádió így képes lenne arra, hogy

ellássa az állampolgárokat a kormány működésével kapcsolatos információkkal és véleményekkel – köztük keményen kritikus hangvételűekkel is. Először történhetne meg, hogy a polgárok megfontolt döntést hozhatnak képviselőik megválasztásáról, és hogy kényszeríthetik az állam képviselőit, hogy reagáljanak a köz kívánalmaira.

Némi probléma származhat abból, hogy az újonnan privatizált média újságírói és riporterei ugyanazok lesznek, akik a régi állami médiában is dolgoztak már. A tulajdonviszonyok változása nem feltétlenül jelent személyi változásokat. További erőfeszítésekre lesz szükség ahhoz, hogy orvosolni lehessen a totalitárius társadalom hatásait, amelyek nyomán a totalitarizmusban is újságíróként dolgozók kritikai képességei elcsökevényesedtek vagy megsemmisültek.[1] A riportereket és újságírókat ilyenformán bátorítani kell, hogy használják a magántőke által számukra megvásárolt szabadság előjogait. Fontos továbbá, hogy az újságírók megszervezzék magukat, és szakmai szervezeteiken keresztül megbecsült szakmává avassák az újságírást, amely független az államtól, és annak szolgálatában áll, hogy az állam figyelemmel legyen a polgárok kívánalmaira.

Meglehet, hogy az állam képviselői idővel bosszút állnak az újonnan privatizált sajtó újságíróin, és megtorolják a kritikákat. Ezek az akciók büntetőjogi vagy polgári jogi formát ölthetnek. Az állam képviselői olyan cselekményekkel vádolhatnak egyes újságírókat vagy televíziós munkatársakat, mint az állam tekintélyének megsértése (lázító rágalmazás), az állam képviselői, mint egyének jó hírnevének csorbítása (rágalmazás), államtitkok nyilvánosságra hozatala (felforgatás); vagy akár zavargás szítása (uszítás a köznyugalom megzavarására).[2] Ezekben az állami akciókban nem feltétlenül a galádság vagy a bosszúállás nyilvánul meg. Szándékuk gyakran az, hogy megvédjenek valamely legitim államérdeket; például a közrend védelme vagy az államgépezet olajozott működésének biztosítása. Mindazonáltal annak érdekében, hogy a sajtó szabadon bírálhassa a kormányt – hogy így hozza létre azt, amit lélegzetvételhez szükséges térnek neveznek[3] –, szigorúan korlátok közé kell szorítani az állam e megtorló intézkedéseit az újonnan privatizált sajtóval szemben.

Hogyan is kellene ezt csinálni? Mi az Egyesült Államokban jó ideig küszködtünk e kérdéssel, olyan környezetben, ahol a sajtó majdnem teljesen magánkézben működik, és az eredmény, amit elértünk, talán tanulságos lehet. Írott alkot-

---

[1] Lásd RFE/RL Research Institute Staff, Regional Survey: The Media in Eastern Europe, Radio Free Europe/Radio Liberty Res. Rep. 22, 22–23, 26, 28, 29, 31, 32 (May 7, 1993).

[2] Annak tárgyalása, hogy az állam milyen módokon avatkozhat bele a sajtó szabad működésébe, itt olvasható: Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 3–73.

[3] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 272 (1964).

mányban fektettük le a sajtó szabadságát, és a bírói hatalomra bíztuk, hogy a törvényt érvényesítse, mely bírói hatalom a pártpolitika csetepatéi felett áll, védve a politikai ágazat megtorlásától. Ennek eredménye egy olyan jogi doktrína, amely a meghatározott mértékben biztosítja a sajtó autonómiáját. Ez az autonómia kontextusról kontextusra változó, függően a szólás politikai értékétől és a szembenálló, a szólást korlátozni kívánó államérdek erejétől. Történtek apró, tapogatózó lépések ebben az irányban a volt keleti blokk új demokráciáiban, különösen Magyarországon.[4] Ezek támogatásra méltóak, bár nem lesznek elegendőek.

[4] Bár a volt szovjet birodalom területén létrejött új demokráciák továbbra is küszködnek azzal, hogy a bíráskodás számára egy független szerepet vívjanak ki, az orosz és a magyar alkotmánybíróság egyes esetekben bizonyos védelmet nyújtott a sajtónak, és sikeresen tartotta kordában az ellenséges állami hivatalnokokat. Lásd Frances H. Foster: Izvestiia as a Mirror of Russian Legal Reform: Press, Law and Crisis in the Post-Soviet Era. 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 675, 694–702 (1993); Arató András: *The Hungarian Constitutional Court in the Media War: Interpretations of Division of Power and Model of Democracy.* 4–5. (1993. június 21.) (a tanulmány a Közép-Európai Egyetem „The Development of Rights of Access to the Media" című konferenciáján hangzott el).

I.

Az általam az imént felvázolt, a szabad sajtó létrehozását célzó általános stratégia – a sajtó privatizálása, az újságírók arra ösztökélése, hogy egy szakma tagjának tekintsék magukat, és egy alkotmányosan védett autonómiazóna létrehozása a sajtó számára az állami korlátozással szemben – azon a feltételezésen alapszik, hogy az állam a demokrácia természetes ellensége. Valóban, eltekintve a tisztán közgazdasági megfontolásoktól, a privatizáció azért ajánlkozik oly erőteljesen mint demokratizáló stratégia, mert kiszabadítja a sajtót az állam fennhatósága alól. Az államot barátságtalan színben feltüntető elgondolás a lehető legtermészetesebb az átmenet demokráciáiban, ahol az emberek évtizedekig állami diktatúrák uralma alatt éltek, és most azon vannak, hogy megszabaduljanak e rettenettől. Az egykori szovjet birodalomban zajló átmenet ugyanakkor nem fog örökké tartani. Mindenesetre a közvetlen múlt emlékei nem szabad hogy elhomályosítsák az újjáépítési folyamat egészét. Az Egyesült Államokban több, mint kétszáz éve működik folyamatosan demokrácia, és ilyen körülmények között megtanultuk, hogy az államnak két arca van – van, hogy a demokrácia ellenségeként cselekszik, és van, hogy a barátjaként.

Az állam efféle szemlélete eleinte paradoxnak tűnhet, a szocialista diktatúrákból a nem is a nagyon távoli múltból ismert mellébeszélő halandzsa újrajátszásának tűnik. Az államnak a demokrácia védelmében betöltött szerepe világos lesz, ha megértjük, hogy a piac önmaga korlátozó struktúraként működik. Jóllehet, az újonnan privatizált sajtót nevezhetjük „szabadnak”, mivel az állam nem birtokolja vagy irányítja az újságokat vagy a rádió- és televíziócsatornákat, a média mégis egy szociális vákuumban működik. A tulajdonosok azon lesznek, hogy maximalizálják a bevételüket és minimalizálják a kiadásaikat, és a verseny nyomása korlátozza bevételmaximalizálási képességüket. Ők a kapitalizmus vastörvényei szerint munkálkodnak, és ez éppúgy igaz lesz az újonnan privatizált sajtóra, mint bármely más vállalatra. Az államra így szükség lehet, hogy ellensúlyozza a piac felől a sajtóra irányuló nyomást.

A társadalomban senki sem cselekszik teljesen autonóm módon. Mindenki be van ágyazva egy őt korlátozó társadalmi szerkezetbe. Így fel kell tenni a kérdést, hogy pusztán tisztán politikai szempontból van-e ok aggódni a korlátozás miatt, melyet a piac gyakorol a médiára. A privatizáció leglelkesebb híveinek érvei sze-

rint a fenti korlátok nem ütköznek a demokratikus célokkal, sőt, tulajdonképpen e célok elérését szolgálhatják. A bevételmaximalizálás vágya a kiadókat és a tévétársaságokat arra sarkallja, hogy terméküket a közönség számára vonzóvá tegyék, így arra törekszenek, hogy tudósításaik és az a mód, ahogy beszámolnak az eseményekről, megfeleljenek a fogyasztói vágyaknak. A közönség megkapja, amit kíván. Közgazdasági elmélet és az amerikai tapasztalat támasztja alá ezt az elképzelést, de én nem hiszem, hogy e nézet választ ad minden fontos kérdésre.

Először is, a költségek korlátozni fogják az újonnan privatizált vállalatokat a fogyasztói igények kielégítésében. A vállalkozók a profitmaximalizálásban érdekeltek, ami, mint az imént említettem, a költségek minimalizálását és a bevételek maximalizálását jelenti. Így könnyen lehet, hogy a média jóval kevesebbet fog nyújtani a közönségnek annál, mint amennyit az kapni akar. A televíziós ipar vezetői, megrettenve a hírgyártás vagy a minőségi dokumentumműsorok gyártási költségeitől, kísértést fognak érezni például arra, hogy régebbi *sitcom*ok és szappanoperák újrajátszásaival töltsék fel a programot. Ez természetesen kielégíti a közönség egyes szegmenseinek teljes szükségletét. Ám más nézők csalódottak lehetnek, míg megint mások leszállítják az elvárásaikat, és preferenciáikat a realitásokhoz igazíthatják.

Másodszor, amikor a hirdetésekből származik a bevételek zöme – ami jellemzően így van a privatizált sajtó esetében –, az hasonló torzulásokat eredményez majd, mint amilyenek az Egyesült Államokban voltak tapasztalhatók. Az egyik ilyen torzulás abból a nyilvánvaló tényből származik, hogy lényegtelen, hogy a közönség mennyire szeretne egy bizonyos műsort nézni vagy cikksorozatot olvasni, a hirdetők nem fogják azokat támogatni, hacsak nincsenek meggyőződve arról, hogy termékeik eladásai növekednek az ezen tartalmakat támogató hirdetések révén. Riporterek számolnak be például arról, hogy az Egyesült Államokban a kereskedelmi tévécsatornák valamelyest háttérbe szorították az 1991-es Öbölháborúról való tudósítást, mert hirdetőik el akarták kerülni, hogy termékeik a halál és a pusztítás képeivel kapcsolódjanak össze.[5]

A hirdetőknek a sajtó tartalmára gyakorolt hatása nem korlátozódik az ehhez hasonló szándékos vagy egyedi esetekre. Általánosságban elmondható, hogy a hirdetők csak akkor hirdetnek adott lapban vagy tévéműsorhoz kapcsolódva, ha feltételezhető, hogy azokat olyan emberek nézik vagy olvassák, akiknél a pénz, ízlés és

[5] Lásd Bill Carter: Few Sponsors for TV Wars News. *New York Times,* Feb. 7, 1991, at D1, col.3; Rick DuBrow: TV and the Gulf War: TV Networks Shying from Vivid Violence. *Los Angeles Times,* Feb. 7, 1991, at A10, col. 5. Egy hirdetői megrendelés visszavonására válaszolva a CBS vezetői biztosították hirdetőiket, hogy „a háborús tudósítások szerkesztése során biztosítjuk a hirdetésekhez vezető zárás megfelelő kialakítását. Ezek egyik módja lehet, hogy a hirdetéseket olyan részek után illesztjük be, amelyekben speciálisan elkészített, felfokozott hangulatú háborús képek vagy üzenetek láthatók; például a hazafias vélemények a hátországból." Carter, i. m.

szándék is adott a termékek megvásárlásához; és a kiadók és szerkesztők úgy alakítják saját termékeiket, hogy azok e csoport számára legyenek vonzóak. Ennek eredményeképpen a magánkézben lévő sajtót jobban érdeklik egyes speciális „célcsoportok" a széles nyilvánosság helyett, és a magánkézben lévő lapok és tévétársaságok elhanyagolják a csekély vásárlóerővel rendelkező vagy a hirdetőknek kevesebb hasznot hajtó csoportok információs és kulturális szükségleteinek kielégítését.

Harmadszor, míg a közönség meghatározott szegmense közönséges piaci eszközökkel alakíthatja a tévécsatornák és a lapok tartalmát, ezek a személyek nem egy kollektív döntéshozatali eljárásban hozzák meg a döntésüket. Ellenkezőleg, atomizálva működnek, és az interakció ezen formája komoly következményekkel járhat preferenciáik megfogalmazására és meghatározására nézve. Azok a televíziós és rádióműsorok, amelyeket ezek az egyének otthonuk magányában, vacsora után, egy átdolgozott nap végén kiválasztanak, valószínűleg egészen mások, mint amelyek mellett egy, a lehetőségeket alaposan átbeszélő vita révén döntenének. Ugyanez igaz a naponta megvásárolt újságra. A múlt diktatúrájának elutasítása és a demokrácia felé fordulás során a nyolcvankilencesek nem kötötték magukat ahhoz, hogy minden egyes társadalmi döntést kollektív vita és döntéshozatal előzzön meg, és a demokrácia elmélete sem ír elő ilyen kötelezettséget. Ugyanakkor „a köz" nevében kijelentett bármiféle – esetünkben a sajtó tudósítására vonatkozó – állítás normatív ereje gyakran megkívánja az efféle közös vitát és döntéshozatalt.

Ennélfogva jó okkal kételkedhetünk abban, hogy a privatizált média mindent megad a közönségnek, amit az kíván. Azok a tudósítások vagy műsorok, melyeket a piac határoz meg – amit én „piacilag meghatározott szólásnak" nevezek –, csak a durva közelítései egy „demokratikusan meghatározott szólásnak", azaz az olyan adásnak vagy tudósításnak, amelyet az emberek alapos megfontolás alapján választanának, függetlenül a költségektől, és ahol a döntéshozatalban mindenkinek egy szavazata lehetne.[6] Ugyanakkor van itt egy mélyebben fekvő probléma is: az eszménynek vagy a mércének, mely alapján a piac által létrehozott terméket megítéljük, vajon annak kell-e lennie, amit én demokratikusan meghatározott szólásnak neveztem? A demokrácia magában foglalja az emberek kívánatos kormányzatról és társadalomról hozott döntését, ám e döntés nem feltétlenül terjed ki a nézetekre, melyeket meg kell ismerniük, és az álláspontokra, amelyeket meg kell fontolniuk e másik döntés meghozatalához. Talán ennél többre kellene törekedni.

---

[6] A lengyel tapasztalatokról írva Karol Jakubowicz hasonló megkülönböztetéssel él, amikor a „szabad kommunikációról" beszél a „demokratikus kommunikációval" szemben. Álláspontja szerint Közép- és Kelet-Európa új demokráciái nagyobb súlyt fektettek a „szabad kommunikáció" libertariánus, piaci felfogására az olyan kommunikációval szemben, amely a teljes közösséget megjeleníti. Lásd Karol Jakubowicz: Freedom vs. Equality. 1993 *East European Constitutional Review* 42, 43.

A demokrácia a kormányzás olyan formája, amely végső soron a közvéleményre bízza annak eldöntését, hogy hogyan kíván élni. A kollektív önrendelkezés elvén alapszik, melyből szükségképpen következik az a feltételezés, hogy a közvélemény e döntéshozatal során tökéletesen értesült minden szóba jöhető lehetőséget és minden véleményt illetően, essen szó bármilyen témáról. Máskülönben a közvélemény nem lenne abban a helyzetben, hogy eldönthesse, hogy mi áll leginkább érdekében, vagy hogy mi szolgálja legjobban az érdekeit; így nem döntene saját sorsáról. Ilyen keretek között az a szabad sajtó feladata, hogy ellássa a közvéleményt azokkal az információkkal, amelyek szükségesek szuverén előjoga gyakorlásához. Ez az elképzelés megfogalmazható úgy is, hogy egy demokratikus rendszerben – legyen az egy új demokrácia az egykori keleti blokkban, vagy egy megállapodott stabil demokrácia, mint az Egyesült Államok – az a sajtó feladata, hogy „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott"[7] vitát hozzon létre a közérdekű kérdések ügyében.

Tegyük fel, hogy az emberek mégis úgy döntenek, hogy már elegük van az „erőteljes közéleti vitákból", és már könyökükön jön ki a gazdaságpolitikáról vagy az etnikai kisebbségeknek járó bánásmódról folytatott eszmecsere, és most már csak az agyzsibbasztó szórakoztató műsorok, a bulvárlapok és a szexuális fantáziájukat kiszolgáló tévécsatornák érdeklik őket. Megkövetelné-e a demokrácia, hogy tiszteletben tartsunk egy ilyen döntést? Azt hiszem nem; nem jobban, mint amenynyire a szerződéskötés szabadsága melletti elkötelezettségünk követelné meg egy olyan szerződés tiszteletben tartását, amelyben valaki eladja magát rabszolgának.

Meg kell különböztetnünk a „demokratikusan meghatározott" szólást attól, amit „erőteljes közéleti vitának" neveztem, és az utóbbihoz mérve kell a piac teljesítményét értékelni. Ez az elképzelés idegennek tűnhet azon szabadságok rendszere tükrében, melyeket hagyományosan a demokratikus kormányzáshoz társítunk, de nem az. Az amerikai Jogok Törvényét, melyben benne foglaltatik az Első Alkotmánykiegészítésben a sajtónak nyújtott védelem is, gyakran emlegetik a „kisebbségi jogok" vagy „az egyén jogainak" védelmezőjeként, vagy a „többség önkényuralma"[8] elleni bástyaként. A sajtó állami beavatkozással szembeni védelmében a Legfelső Bíróság nagyon is jól tudja, hogy az állam gyakorta nem a többség akaratával szemben, hanem éppen a többség akaratának eszközeként cselekszik. A Legfelső Bíróság önmagára rótta ki a felelősséget, hogy megvédje a közéleti viták erőteljességét – más szóval, hogy a demokráciát megvédje saját magától.

---

[7] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. at 270 (1964).

[8] Vö. Akhil R. Amar: The Bill of Rights as a Constitution. 100 *Yale Law Journal* 1131, 1147–52 (1991) – vitatkozva a közkeletű elképzeléssel, miszerint az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő szólás- és sajtószabadság legfőbb feladata kisebbségek védelme lenne, érve szerint az Első Alkotmánykiegészítés „strukturális magva" ellenséges kongresszusi cselekedetekkel szemben védi a többséget alkotó csoportokat.

Így viszont ehhez hasonlóan, a volt keleti blokk országépítőit kell hogy foglalkoztassa a piac által szabott kényszer, és nem egyszerűen azért, mert a piac által meghatározott szólás csupán durva közelítése a demokratikusan meghatározott szólásnak, hanem mert az jelentősen eltávolodhat az erőteljes közéleti vita alapvetően idealizált, absztrakt mércéjétől. Ha a média privát kézben lesz, akkor a műsorszerkesztés és a tudósítás jellegét néhány olyan tényező – például a határköltség és a határbevétel – fogja meghatározni, amelyeknek nem sok köze van a demokratikus igazgatás szükségleteihez. Elkötelezettek lévén tőkéjük érdekei iránt, az új média tulajdonosainak valószínűleg a profit lesz a fontos, nem pedig az, hogy a közvéleményt ellássák mindazon információkkal és véleményekkel, melyek demokratikus előjoga gyakorlásához szükségesek.

Még e nézetek elfogadása mellett is vannak, akik szerint a közéleti viták állami korlátozása teljesen más léptékű dolog, mint azok a korlátozások, melyek a piactól származnak. E nézet közhely az Egyesült Államokban. Ismertsége bizonyos mértékben a sajtószabadságunkat szavatoló formula pontos megfogalmazásának köszönhető: „A Kongresszus nem csorbítja a szólás- vagy sajtószabadságot."[9] E megfogalmazásból kiindulva az amerikai jogászok gyakorta hangsúlyosan megkülönböztetik az állami és a piaci korlátozást, de ez nem feltétlenül releváns azok számára, akik épp aktívan részt vesznek egy-egy új demokrácia kiépítésében; mert lehet, hogy az ő újonnan megszövegezett alkotmányuk vagy alkotmányértelmezéseik sokkal megengedőbb fogalmakkal operálnak. Az új magyar alkotmány például európai hagyományokat követve kijelenti, hogy „A Magyar Köztársaság elismeri és védi a sajtó szabadságát."[10] Ugyanakkor érzésem szerint a piaci korlátozások és az állami korlátozások közti megkülönböztetés igazából inkább filozófiai, mint textuális alapokon nyugszik, és így lehet, hogy messzebbre ható következményei vannak.

A piaci és az állami korlátozás közti megkülönböztetést igazoló egyik nézet a közéleti viták területét igen szűkre, az olyan szólásokra szabja, amelyek a közhivatalokba történő választásokra vagy a kormány munkájára vonatkoznak.[11] A sajtó demokratikus feladata, hangzik az érvelés, segíteni a közvéleményt a kormány képviselőinek kiválasztásában, és értékelni munkájukat; a fő veszély abból fakad,

---

[9] Az Amerikai Egyesült Államok alkotmányának Első kiegészítése. A fordítás forrása: Az Egyesült Államok Külügyminisztériuma. http://hungarian.hungary.usembassy.gov/constitution_in_hungarian.html

[10] A Magyar Köztársaság Alkotmánya, XII. fejezet, 61. § (2) bek. A Magyar Köztársaság elismeri és védi a sajtó szabadságát. (A jelenleg hatályos Magyarország Alaptörvényében a vonatkozó rész: „IX. cikk (2) Magyarország elismeri és védi a sajtó szabadságát és sokszínűségét, biztosítja a demokratikus közvélemény kialakulásához szükséges szabad tájékoztatás feltételeit." *A ford.*)

[11] Lásd például Robert H. Bork: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

hogy a kormány képviselői azok ellen fordíthatják a kezükben lévő hatalmat, akik bírálni merészelik őket.

Szerintem azonban semmi okunk ilyen szűkre szabni a demokratikus sajtó küldetését. Nyilvánvaló, hogy a sajtónak – Blasi professzor kifejezésével[12] élve – „ellenőriznie" kell a kormányzat képviselőit, ám ezen túl felelős a gazdasági és társadalmi rendszer nagy kérdéseinek tárgyalásáért is, mint amilyen a vagyon társadalmi megoszlásának kérdése, vagy a dolgozók szerepe a munkahelyük irányítási rendszerében. Egy demokratikus társadalomban a választópolgárok hatásköre mindezekre kiterjed.

Sőt, még ha a közéleti viták körét szűkre szabjuk is, és azok mindössze a kormányzat képviselőire és munkájuk bírálatára terjednek ki, akkor is van okunk tartani a piaci kényszertől, mivel a piac képes befolyásolni egyes kormányzati szakpolitikai döntéseket, illetve döntéshozó politikusokat. Képzeljük csak, hogy a frissen privatizált sajtó, amely nyilvánvalóan nagymértékű magántőkebevonásra szorul, hogyan mutatna be egy olyan politikai jelöltet, aki a vagyon radikális újraelosztását vagy a munkásellenőrzés bevezetését sürgeti.[13] Bár nem minden kormány politikája érzékeny a piac hasonló szempontjai iránt, de sok kormányé igen; ennélfogva aggodalomra adhat okot a piac közéleti ügyek megvitatására irányuló hatása még akkor is, ha az aggodalom csak a kormányzati ügyekkel kapcsolatos szólásokra korlátozódik.

Az állami és a piaci korlátozást szokás az alapján is élesen elkülöníteni egymástól, hogy más-más módon történik hatalmuk érvényesítése.[14] Az állam monopóliummal rendelkezik az erőszak legitim használata felett, és börtönbe zárhatja azokat, akik megszegik a rendelkezéseit. A médiamogulok azáltal érvényesíthetik a követeléseiket, hogy kivesznek egy cikket a megjelenő lapból, bizonyos módon alakítanak adott tévéműsort vagy kirúgják az újságírót, akinek a leadott cikkei nem adják el a lapot. A gyakorlatban persze a hatalomérvényesítés egyes módszerei közötti különbségek nem ilyen nyilvánvalóak. Az állam polgári jogi eszközökkel érvényesítheti korlátozásait (például kártérítések kiszabása vagy műsorszolgáltatási engedélyek kiadásának megtagadása által); ha az Egyesült Államok példája bármilyen értelemben is érdekes, nos, akkor az efféle jogorvoslatok közhelyszámba mennek. A szankciók feltételezett súlyosságbeli különbsége szintén kérdéses.

---

[12] Lásd Vincent Blasi: The Checking Value in First Amendment Theory. 1977 *American Bar Foundation Research Journal* 523.

[13] Annak tárgyalását, hogy a nyugati sajtó hogyan mulasztotta el tárgyalni a „nagy kérdéseket", beleértve a társadalmi struktúra és a vagyon megosztásának kérdéseit, lásd Charles E. Lindblom: *Politics and Markets: The World's Political–Economic Systems.* New York, Basic Books, 1977. 204–07.

[14] Lásd Charles Fried: The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty. *University of Chicago Law Review* 225, 235–37 (1992).

Mennyivel rosszabb valakit börtönbe vetni annál, mint ha elveszti a munkáját, vagy vállalkozása lehúzhatja a rolót? De még ha meg is engedjük e megkülönböztetéseket, a demokrácia szemszögéből nincs jelentős különbség a között, hogy az állam vagy a piac érvényesíti rendelkezéseit. Ami számít, az nem a korlátozás érvényesítése során használt eszközök morális minősége vagy a megtorlást elszenvedő ember által átélt megpróbáltatások, hanem a korlátozás közbeszédre gyakorolt hatása.

II.

A volt keleti blokk reformereinek éppúgy tisztában kell lenniük a sajtó piaci korlátaival, mint ahogy az állami korlátozással tisztában vannak. A gyors privatizációnak – megtámogatva a sajtó függetlenségét kinyilvánító jogi doktrínával és az államtól való függetlenséget hirdető szakmai éthosszal – kell a legfőbb stratégiának maradnia. A privatizáció szükséges a múlt diktatórikus üzelmei által örökül hagyott elnyomó hagyományok eltörléséhez. A reformerek nem állhatnak azonban meg ezen a ponton. Egy sor, hálózatba rendeződő stratégiát kell alkotni ahhoz, hogy ellensúlyozni lehessen a piac korlátozó hatását.

Jóllehet, a nyolcvankilencesek számára nyomasztó felelősség lesz e stratégiák megalkotása, megfontolásra érdemes tapasztalatokkal szolgálhat számukra a mi országunk, amely a magántulajdont fogadta el a média alapvető gazdasági szerkezeteként, ám amely számos módon ki is egészítette e szerkezetet. Kétféle kiegészítő szabályozással kísérleteztünk; az egyiket nevezhetjük „műsorszabályozásnak", a másikat „strukturális szabályozásnak".

A műsorszabályozás közvetlenül ellenőrzi a sugárzott adások vagy a kiadványok tartalmát azért, hogy a szélesítse a közvélemény számára elérhető nézetek körét. Példának felhozható a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (*Federal Communications Commission*, FCC) „méltányosság doktrínája" *(fairness doctrine)*, amely megkívánja a rádió- és tévécsatornáktól, hogy számoljanak be a közélet ügyeiről, és hogy azt méltányosan tegyék.[15] Másik példa lehet az olyan törvények köre, amelyek elismerik azok „válaszadási jogát",[16] akiket személyes vagy politikai támadás ér a médiában, vagy pedig azok a követelmények, amelyeket az elektronikus médiának teljesítenie kell az elnökválasztási tudósítások alkalmával.[17]

---

[15] A méltányosság-doktrína hátteréről és tartalmáról lásd *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 395 U.S. 367, 369–71 (1969). Lásd még Randall Rainey: The Public's Interest in Public Affairs Discourse, Democratic Governancem and Fairness in Broacasting: A Critical Review of the Public Interest Duties of the Electronic Media. 82 *The Georgetown Law Journal* 269 (1993).

[16] Lásd *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241 (1974).

[17] *Columbia Broadcasting Sys. v. FCC,* 453 U.S. 367 (1981).

Egy alkalommal politikai szervezetek megkísérelték elérni, hogy az FCC kötelezze a csatornákat „szerkesztőségi hirdetések"[18] megjelentetésére. Ez is műsorszabályozásnak minősült volna.

A strukturális szabályozások ugyanezt a célt szolgálják, bár áttételesebben fejtik ki hatásukat. A trösztellenes törvények a strukturális szabályozás példái, bár nem tökéletes példák abban a tekintetben, hogy azok a piacot tökéletesíteni kívánják, nem pedig ellensúlyozni.[19] Egy erőteljesebb változat jelenik meg az FCC „kereszttulajdonlást" korlátozó szabályaiban, amelyek megtiltják a laptulajdonosoknak, hogy a lapjukéval megegyező piacon tévé- vagy rádióállomáshoz jussanak.[20] Olykor ezen üzleti terjeszkedéseket még akkor is korlátozzák, amikor az nem veszélyeztetné a piaci verseny kiegyensúlyozott működését. Az indok politikai, nem gazdasági. A strukturális szabályozás még ennél is figyelemre méltóbb formája az volt, amikor a Kongresszus az 1960-as években úgy döntött, hogy létrehoz és finanszíroz egy olyan közmédiarendszert, amely nem kiszorítani, hanem kiegészíteni kívánta a kereskedelmi csatornákat.[21] E közmédia-csatornák beszámolhattak a kereskedelmi média által jórészt figyelmen kívül hagyott, ám a demokratikus önkormányzás szempontjából életbevágó ügyekről.[22] Végül pedig meg kell említeni az FCC azon intézkedéseit, amelyek nyomán bizonyos bőrszín, illetve etnicitás alapján meghatározott kisebbségek pályázatai előnyt élveztek az elektronikus médiacsatornák üzemeltetésére kiírt pályáztatási folyamat során.[23] Ez az intézkedés bizonyos mértékig a kisebbségek társadalmi helyzetét javító szakpolitikának szá-

---

[18] *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94 (1973).

[19] A trösztellenes törvények és azok érvényesítése ellenére a napilappal rendelkező amerikai városok 98%-ában csak egyetlen napilap volt kapható 1986-ban. Lásd Robbie Steel: Joint Operating Agreement in the Newspaper Industry: A Threat to First Amendment Freedoms. 138 *University of Pennsylvania Law Review* 275, 277 (1989). Lásd általában William E. Lee: Antitrust Enforcement, Freedom of the Press, and the „Open Market": The Supreme Court on the Structure of and Content of the Mass Media. 32 *Vanderbilt Law Review* 1249 (1979).

[20] Lásd Second Report and Order, Amendments to Rules Relating to Multiple Ownership of Standard, FM, and Television Stations, 50 F.C.C.2d 1046 (1975). Az FCC „kereszttulajdonlási" szabályai jelentették a fő témát 1988-ban District of Columbia Fellebbviteli Bíróságán. Lásd *News America Publishing v. FCC,* 844 F.2d 800 (D.C. Cir. 1988).

[21] Lásd Public Broadcasting Act, 47 U.S.C. §§ 390–99 (1967).

[22] Carnegie Commission on Educational Television: Public Television: A Program for Action (1967).

[23] Az Egyesült Államok Legfelső Bírósága fenntartotta ezen intézkedés alkotmányosságát a *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC,* 497 U.S. 547 (1990) perben. Két évvel később az Egyesült Államok District of Columbia Fellebbviteli Bírósága érvénytelenített egy hasonló intézkedést, amely a nőknek kedvezett a frekvenciapályázatok során. Lásd *Lamprecht v. FCC,* 958 F2.d 382 (D.C. Cir. 1992). A *Lamprecht* megfogalmazója, Clarence Thomas ma a Legfelső Bíróság bírája. A *Metro Broadcasting* ítéletet meghozó öt bíró közül négy, Brennan, White, Marshall és Blackmun bírák azóta nyugdíjba mentek.

mít, ám mégis van egy szólás-dimenziója, mely által a strukturális szabályozás egy formájának is tekinthető. Ez az elgondolás feltételezi, hogy a rasszhoz tartozás felfogható nézőpontként, és hogy az új tulajdonosok a piac által nekik átengedett döntési jogkörüket egy sokszínűbb programstruktúra érdekeit szem előtt tartva gyakorolják, így gazdagítva a közbeszédet.

Bár az iméntiekben bemutatott szabályozási eszközök főként a rádióra és a televízióra, és nem a nyomtatott sajtóra vonatkoznak, a sajtóiparra is alkalmazhatók. A Legfelső Bíróság elfogadott bizonyos, a sajtótermékeket korlátozó intézkedéseket (például trösztellenes kontextusban), azonban általában véve ellenségesen szemlélt minden, a lapokat érintő szabályozást, és a törvény által szentesítette a nyomtatott és az elektronikus média megkülönböztetését. Mindenekelőtt is, a Legfelső Bíróság érvénytelenített egy floridai válaszadási jogi rendeletet, amelyet vélhetőleg alkotmányosan lehetett volna alkalmazni a műsorszolgáltatókra nézve.[24] E megkülönböztetést nehéz igazolni, és akik új alkotmányos keretet alkotnak országuk számára, nyugodtan figyelmen kívül hagyhatják törvényünk e furcsa jellegzetességét.

Az újságok a működő sajtó részei, csakúgy, mint a tévécsatornák és rádióállomások. Mindegyikük formálja a közbeszédet, és informálja az embereket a valóság azon szegmenséről, amely túl van mindennapi tapasztalataik szemhatárán. A rádióállomások és tévécsatornák kizárólag az államtól kapott műsorszolgáltatási engedély birtokában tevékenykedhetnek, hogy elkerüljék az elektromágneses spektrumban a jelek interferenciáját. A kábeltévék és -rádiók vezetéken keresztül továbbítják jeleiket, de esetükben is szükség lehet engedélyezésre az utcák és közterek integritásának megőrzése érdekében, nagyon hasonlóan ahhoz, ahogy az a telefonos rendszereknél történik.[25] Az újságok esetében nincs olyan fizikai szükségszerűség, ami alapján indokolt lehetne az engedélyeztetés. Következésképp elképzelhető, hogy az elektronikus és nyomtatott média megkülönböztetése a létrehozásukban szerepet játszó tulajdonjog keletkezése alapján történik. A televíziócsatornák és a rádióállomások létrejötte az állam szándékos elosztó döntésének, konkrétan a műsorszolgáltatási engedély kiadásának köszönhető. Az újságok tulajdonjogának forrásai jóval szerteágazóbbak; olyan törvényekből származnak, amelyek minden vállalkozásra érvényesek. Ugyanakkor a sajtó különleges státusa és a szabadságra való igénye a saját társadalmi funkciójából ered – nevezetesen, hogy informálja a közvéleményt –, és ennek nem sza-

---

[24] Lásd *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241, 242 (1974).

[25] Lásd *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC,* 114 S. Ct. 2445 (1994) – fenntartja, hogy a továbbítási *(must carry)* kötelezettségek a kábelszolgáltatókra rótt terhek és kötelezettségek miatt az Első Alkotmánykiegészítés fokozott felülvizsgálati tesztjét igénylik, de nem a legszigorúbbat.

bad megváltoznia a rajta fennálló tulajdonjog keletkezési módja vagy a létrejöttében szerepet játszó dinamikák miatt.[26]

A korábban említett kiegészítő állami beavatkozások nem szegényíteni, hanem épp gazdagítani kívánják a közügyek nyilvános vitáját, és általában a „hozzáféréshez való jog" kategóriája alá szokták őket sorolni. E kifejezés, amelyet Jerome Barron professzor az 1960-as évek végén vezetett be az amerikai alkotmányos közbeszédbe egy nagy hatású folyóiratcikkel,[27] az egyesült államokbeli „emberi jogi beszédmódot" övező misztikából igyekszik tőkét kovácsolni. Ugyanakkor maga a kifejezés pontosan ezért félrevezető. Míg a jelenkori alkotmányos közbeszédben megjelenő csaknem minden emberi jog – például a családtervezés szabadságához való jog – támogat valamely, az egyénhez köthető értéket, ha alaposan szemügyre vesszük Barron „hozzáférési jogát", szembetűnő, hogy az nem kívánja védelmezi a hozzáférést kereső egyénnek az önkifejezéshez fűződő jogait. Ehelyett egy társadalmi célt, az erőteljes közéleti vitát akarja megvalósítani. Megfelelőbb kifejezés – és ezt is fogom használni a közéleti vitát gazdagítani kívánó programok és strukturális szabályozások csillogó arzenáljának megragadására – a „hozzáférés-szabályozás".

Még e kiegészítés mellett is marad némi kétértelműség. Az emberek hozzáférésről beszélnek, de nem határozzák meg, hogy pontosan mihez is történik a hozzáférés. Minthogy a hozzáférés-szabályozás célja a közbeszéd gazdagítása, nem pedig teret adni az egyén valamely, az önkifejezéshez fűződő érdekének, ezért a nyilvánossághoz való hozzáférést kell szavatolni, nem pedig a médiumhoz valót. Egy rádióadóhoz, tévécsatornához, újsághoz való hozzáférés a nyilvánossághoz való hozzáférés eszköze csupán; és minden hozzáférés-szabályozást ennek megfelelően kell megítélni. Ennek fényében az amerikai kábeltévé-rendszeren található, bárki számára hozzáférhető „szabad mikrofon"-csatornák nem megfelelőek. Ha egy személy hajnali háromkor megjelenik a tévében, az legfeljebb neki okoz némi személyes kielégülést, de amit mond, semmivel sem jut fontosabb szerephez a közbeszédet tekintetében, mint egy egyetemi könyvtár raktárának mélyén elte-

---

[26] A Legfelső Bíróság elismerte a rádió és a televízió helyét a működő sajtóban olyan más jogi területeken is, mint a rágalmazási ügyek, ahol a sugárzott műsorok létrehozói ugyanolyan előjogokkal és felelősséggel rendelkeznek, mint amilyeneket az újságok birtokolnak. Kétségtelen, hogy az obszcenitás mércéje megállapításakor szigorúbb ellenőrzést engedtek az elektronikus média területén. Lásd *FCC v. Pacifica Found.* 438 U.S. 726 (1978). Mindamellett e nagyobb állami ellenőrzés alapja az, hogy a műsorszámmal nem megcélzott nézőt, és különösen a veszélyeztetett közönséget (például a gyerekeket) nehéz elszigetelni a sugárzott tévé- és rádióműsoroktól, és nem pedig az, hogy a televízió és a rádió nem része a sajtónak.

[27] Jerome A. Barron: Access to the Press – A New First Amendment Right. 80 *Harvard Law Review* 1461 (1967). Barron professzor továbbvitte ezeket az elképzeléseit ebben a művében: Jerome A. Barron: *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media.* Indiana University Press, 1973.

metett könyv. Egy igényes hallgató természetesen rátalálhat e véleményre, azonban jó, ha a valóság talaján maradunk a közvélemény kíváncsiságának természetét illetően. Ugyanakkor viszont, amennyiben az adott nézet vagy információ a média főáramában szerepel, és így teljesen hozzáférhető a közvélemény számára, nincs szükség tovább a hozzáférés követelésére. A szabályozás indoka így megszűnik, és a hozzáféréshez való további ragaszkodás e körülmények között immár szükségtelen, sőt, talán még követelőző is. Charles Fried metaforájával élve olyan lenne, mintha „azáltal fitogtatnánk az erőnket, hogy zászlóinkat mások zászlórúdjaira vonjuk fel".* [28]

Tágabban szemlélve tehát az amerikai alkotmányos tapasztalat két aspektusa tűnik fel. Hogy teljesíthesse demokratikus küldetését, a sajtónak bizonyos fokú autonómiát kell kapnia, de ennek az autonómiának nem szabad eleve kizárnia a hozzáférés szabályozását. Az alapstruktúrának magántulajdonban kell lennie, de megengedhető az állami támogatások folyósítása a piac által nem teljes mértékben ellenőrzött rádióállomások vagy tévécsatornák, vagy akár minőségi véleménylapok létesítésére. A sajtót jogi doktrínáknak kell védeniük a közbeszédet elfojtó állami szabályozással (például a lázító rágalmazás vádjával) szemben, de nem azoknak, melyek az ellenkező hatást fejtik ki (például a méltányosság-doktrína). Szakmai-etikai szempontból fontos, hogy az újságírók fenntartsák az államtól való függetlenségüket, anélkül, hogy túl szorosan kötődnének a munkaadójuk gazdasági céljaihoz. A sajtónak minden alkalommal informálnia kell az embereket az előttük álló kérdésekkel kapcsolatban, és be kell mutatnia az e témákkal kapcsolatos ellentétes nézeteket. Csak ekkor lesznek a polgárok abban a helyzetben, hogy a demokrácia által ígért előjogukat gyakorolják.

* Az idézet arra az amerikai szokásra utal, hogy a kertvárosi környezetben lakók gyakran állítanak fel zászlórudat házuk előtt, amire az amerikai nemzeti, olykor a tagállami lobogót húzzák fel. *A ford.*

[28] Fried (14. lj.), 253. Fried ezt a metaforát minden olyan műsorszabályozásra alkalmazta, amelyet ő „erőszakolt műsornak" *(forced programming)* nevez, amely azon a kétséges hipotézisen alapul, hogy a közönség úgysem figyel oda sosem.

III.

Nagy a veszélye annak, hogy a rendszerváltó nyolcvankilencesek nem veszik tekintetbe az amerikai alkotmányos tapasztalat sokarcú természetét. A reformerek juthatnak arra a következtetésre, hogy a sajtószabadsághoz nem kell más, csak az államtól való függetlenség, és figyelmen kívül hagyhatják a hozzáférés-szabályozás szükségességét. Az amerikai tapasztalatok ilyetén félreértése több forrásból is táplálkozhat, beleértve a nagy pénzügyi szervezetek tevékenységét. Valószínűleg egy különös időbeli véletlen egybeesés az oka e hiedelemnek: az újjáépítés pont abban az időszakban történik, amikor ebben az országban a legtöbb gyanú merül fel a hozzáférés-szabályozás hitelességével kapcsolatban. Az 1960-as és korai 1970-es években az amerikaiak tisztában voltak a hozzáférés-szabályozás fontosságával. Az ezt követő két évtizedben viszont az aktivista állam kegyvesztetté vált, és egyre inkább a piac csodáinak megszállottjai lettünk. Ennek eredményeként a „hozzáféréshez való jog" és a demokráciára hivatkozó sajtószabályozás eszméje egyre nagyobb támadásnak lett kitéve. Félek attól, hogy a nyolcvankilences rendszerváltók, mint a politikusok általában, egy korlátozott időhorizontot szemlélnek, és a Reagan-éveket összekeverik az amerikai tapasztalatok összességével.

Amikor a nyolcvankilencesek újjáépítési vállalkozásuk során Amerikára tekintenek, egy tágabb történelmi perspektívát kellene szemlélniük. Szintén fontos lenne, hogy elsajátítsák a kritikai tisztánlátást a hozzáférés-szabályozás 1970–80-as évekbeli kritikájának értékelését illetően. Az egyik ilyen kritikát az a kétség táplálta, hogy az efféle szabályozás gazdagítja-e egyáltalán a közéleti vitákat. Voltak, akik úgy érveltek, hogy a méltányosság-doktrína bátortalanabbá tette a tévétársaságokat tudósításaikat illetően, mert attól féltek, hogy ha valamely ellentmondásos dologra tapintanak rá, akkor a későbbiekben kénytelenek lesznek lehetőséget adni a megszólított félnek a válaszadásra. Ezen elgondolás szerint a szabályozás hatása az öncenzúra egy fajtája – a szürke szólás.

Másrészt viszont, az állami beavatkozás szószólói szerint a szabályozási program egyes elemei – például a közérdekű témák bemutatását elrendelő szabály – védelmet nyújthatnak a szürke szólással szemben. E szószólók ahhoz is ragaszkodtak, hogy a méltányosság-doktrína vagy más hozzáférés-szabályozás hatásfokát összehasonlító elemzés alapján ítéljék meg. Még ha el is ismerünk némi öncenzúrát a szabályozás eredményeként, a sugárzott műsornak így is sokszínűbbnek kell len-

nie, és nagyobb mértékben kell összpontosítania a közérdekű kérdésekre, mint ha egyáltalán nem létezne a szabályozás. A hozzáférés-szabályozás hatásának teljes körű értékeléséhez nem csupán az öncenzúra egyes eseteit kell számba venni, hanem a hozzáférés-szabályozás egészét kell szemlélni, és megítélni, hogy a közérdekű témákról történő tudósítás hogy nézett volna ki e szabályozások nélkül. Csak ekkor tudjuk megítélni, hogy azok gazdagítják vagy szegényítik-e a közéleti vitákat.

A hozzáférés-szabályozás e kritikája empirikus úton ragadta meg a szabályozás valószínűsíthető hatásait, ám voltak elméletibb jellegű kritikák is. Konkrétan egyes kritikusok azzal érveltek, hogy a hozzáférés-szabályozások természetüknél fogva nem tartalomsemlegesek, és mint ilyenek, sértik a tartalomalapú szabályozás tilalmának elvét. Ezen elv azon az elképzelésen alapszik, hogy közügyekben történő döntés a nyilvánosság feladata, és hogy az állam tisztségviselőinek nem szabad meghatározniuk az egyes gondolatok értékét, vagy előnyben részesíteniük egyik nézetet a másikkal szemben egy közéleti vitában. Az állam tisztségviselőinek semlegesnek kell maradniuk a közélet ügyeiben, és hagyniuk kell, hogy az emberek hadd döntsenek úgy, ahogyan az a legjobb nekik. Az állami semlegesség kívánalma rokonszenvesnek tűnik, szilárdan gyökerezik a demokráciaelméletben,[29] ám nem látom be, hogy a hozzáférés-szabályozás gátja lenne akár az Egyesült Államokban, akár a volt keleti blokkban.

Kétségtelen, hogy a hozzáférés-szabályozásban szükségképpen megjelennek tartalomalapú ítéletek is. A műsorszabályozásban közvetlenül hozzák a tartalmi ítéleteket; a strukturális szabályozásban áttételes módon. Tekintettel a forrásszűkösségre és a témák, továbbá a nézetek sokféleségére, az állami tisztségviselők nem kerülhetik el az olyasfajta döntéseket, mint hogy ítéletet alkossanak bizonyos nézetekkel kapcsolatban, hogy milyen támogatásokat utaljanak ki, hogy a műsorszolgáltatási engedélyek kiadásakor milyen csoportoknak kedvezzenek, vagy hogy mely témákat kell közérdekű témáknak tartani. Ám e tartalomalapú ítéletek célja nem egy meghatározott eredményre irányul, hanem arra, hogy védelmezze a közös vita és döntéshozatal folyamatát. A hozzáférés-szabályozás kialakítása és érvényesítése során az állam mint parlamenter cselekszik, és célja ekkor biztosítani a közvélemény teljes mértékű tájékozottságát. Mintha csak az állam azt mondaná, hogy „ezt a nézetet már hallottuk néhányszor" vagy „hallgassuk meg a másik oldalt is".

A parlamenterként cselekvő állam ebbéli szerepében nyilvánvalóan az elhangzottak tartalmát veszi szemügyre. Ugyanakkor a tartalmi semlegességet elrendelő

[29] Lásd T. M. Scanlon, Jr.: Content Regulation Reconsidered. In: Judith Lichtenberg (szerk.): *Democracy and the Mass Media.* Cambridge University Press, 1990. 331.; Geoffrey R. Stone: Content-Neutral Restrictions. 54 *University of Chicago Law Review* 46 (1987). Lásd általában Kalven i. m. (2. lj.).

szabály nem szabad, hogy megakadályozza az államot ebben; hogy pontosan értsük, a szabály csak az olyan tartalmi ítéleteket tiltja, amelynek nincs más célja vagy funkciója, mint hogy formálják a végeredményt. Természetesen minden szabályozási folyamat hat valahogyan a folyamat kimenetelére. Ám a döntést, melyet a demokratikus elmélet igyekszik az állami befolyástól elszigetelni, alapos vitának kell megelőznie, nem egyoldalú vagy felületes vitának. Bár a jól értesült polgár vélhetően más döntést hoz, mint a tájékozatlan, az állam polgárait felvilágosító és ezáltal más közéleti döntéseket eredményező szerepe egyáltalán nem összeegyeztethetetlen a demokrácia elveivel.

Ravasz politikusok természetesen mindig azt fogják mondani, hogy a folyamatot akarják szabályozni, amikor igazából a kimenetel szabályozása a céljuk. Az ilyen manipuláció veszélye intézményi megoldást igényel, amely kiveszi a program- vagy strukturális szabályozást azok kezéből, akik a leginkább érdekeltek bizonyos politikai eredményekben, és olyan intézmények kezébe adja, amelyeket viszonylag távolra helyeztek a politikától. Az Egyesült Államokban például a méltányosság-doktrína felügyeletét és a frekvenciagazdálkodás feletti ellenőrzést az FCC kezébe adtuk, nem pedig az elnök vagy a Kongresszus kezébe. Hasonlóképp, létrehoztunk egy független állami vállalatot, a Közszolgálati Műsorszolgáltató Társaságot *(Corporation for Public Broadcasting),* hogy felügyelje a törvényhozás által finanszírozott rádióállomásokat és tévécsatornákat. A vállalat a Kongresszus által kiutalt éves költségvetésből gazdálkodik, de minden más tekintetben független az elnök vagy a Kongresszus közvetlen hatáskörétől.[30]

Ezek az intézkedések egy régi amerikai hagyományon, a huszadik század elejéről eredeztethető független, szabályozó intézményeken alapulnak. Nyilvánvaló, hogy a volt keleti blokk új demokráciáiban nincs ilyen hagyomány, amelyhez vissza lehetne nyúlni, és ezért különösen találékonyaknak kell lenniük. Új intézményeket kell létrehozniuk, amelyek az állam részei, és mégis függetlenek a politikai

---

[30] A törvény szerint a Közszolgálati Műsorszolgáltató Társaság *(Corporation for Public Broadcasting)* nagyrészt független a Kongresszus vagy a végrehajtó hatalom fennhatóságától. A 47 U.S.C. § 398(a) megtiltja „az Egyesült Államok bármely minisztériuma, hivatala, tisztségviselője vagy alkalmazottja számára, hogy a közmédia és a Társaság, vagy bármely, a Társaság által támogatott vagy vele szerződött fél számára, hasonlóképp a Társaság alapító okirata és működési szabályzata tekintetében bármiféle utasítást adjon, felügyeletet vagy ellenőrzést gyakoroljon." Intézkedéseket hoztak annak érdekében, hogy a Társaság kevésbé legyen a pártpolitikának kitéve. A Társaság igazgatótanácsának tagjait az elnök nevezi ki és a szenátus hagyja jóvá, ám a 47 U.S.C. § 396(c)(1) (1994) rendelkezés értelmében a testület tíz tagjából legfeljebb hatan tartozhatnak azonos politikai párthoz. Lásd általában Steven D. Zansberg: „Objectivity and Balance" in Public Broadcasting: Unwise, Unworkable, and Unconstitutional. 12 *Yale Law Journal & Policy Review* (1994) – érvelése szerint a Közszolgálati Műsorszolgáltató Társaság finanszírozását megújító törvény 1992-es „objektivitás és kiegyensúlyozottság" kiegészítése alkotmányellenes, és összeegyeztethetetlen az állami pénzből finanszírozott közmédia céljaival.

befolyástól. E feladat magától értetődő nehézségei igazán ijesztőek, különösen azt tekintetbe véve, hogy a félmúltban a totalitárius rendszer minden intézményt politikai ellenőrzés alá vont. Mégis, ez a feladat semmivel sem nyomasztóbb, mint létrehozni a fejlett kapitalizmus intézményeit az államszocializmus romjain – gondoljunk csak a bankrendszerre vagy az értékpapírpiacra.

Még az ilyen független intézmények és szervezetek felállítása esetén is fennáll a kockázat, hogy a tartalmi ügyekben hozott ítéletek nem a közéleti viták épségének megóvását, hanem épp ellenkezőleg, azok csökevényesítését szolgálják, egy meghatározott kimenetel érdekében. A szabályozók azt mondják ugyan, hogy azt szeretnék, hogy a közvélemény minden oldalt meghallgasson mondjuk egy adóügyi törvényjavaslat kapcsán, de csak a törvény támogatóinak adnak lehetőséget a megnyilatkozásra, vagy korlátozzák az üzleti érdekek szólását, mivel azt akarják, hogy az adott intézkedés életbe lépjen. Az elferdített végeredmény esélyét lehet minimalizálni, de teljesen kiiktatni nem. Másrészt viszont egy erős megelőző szabály elfogadása által – egy olyané, amely teljesen megfosztja az állam tisztségviselőit attól, hogy tartalmon alapuló ítéletet hozzanak – az állam egyszerűen hagyná, hogy a vitát teljes mértékben a piac uralja, amely természetesen nem semleges a tartalom tekintetében. A piaci részrehajlás nem állami tisztségviselők célzott cselekvései révén jön létre, hanem üzletemberek versengéséből származik. A jelenség a demokrácia szempontjából ettől még ugyanannyira aggasztó. A demokrácia teljes és nyílt vitát kíván minden olyan témában, amely fontos a közvélemény számára. A vita bármely korlátozása fenyegeti a demokráciát, függetlenül a beavatkozó entitás kilététől vagy a beavatkozás sajátságos természetétől.

A hozzáférés szabályozása nem csupán az államtól követeli meg, hogy tartalmi ítéleteket hozzon, hanem olykor – különösen a műsorszabályozás esetében – egy-egy laptól, rádióállomástól vagy tévécsatornától is megköveteli olyan üzenetek közzétételét, amelyeket e vállalatok tulajdonosai gyűlöletesnek tartanának. E követelmények célja nem az, hogy megbüntesse vagy megalázza az újságot, mert az botrányos beszámolót közölt, hanem az, hogy növelje a közvélemény számára elérhető információk és nézetek mennyiségét. Mégis, egyes kritikusok megkérdőjelezik, hogy az efféle kényszer összeegyeztethető-e azon egyéni szabadság szavatolásával, hogy senkinek nem kell olyan eszméket támogatnia, amelyeket sértőnek tart. Az Egyesült Államokban ez az elv a nevezetes *West Virginia Board of Education v. Barnette*[31] legfelső bírósági ítéletben nyert megfogalmazást, más vonatkozásban pedig a demokrácia szükséges folyományának tekinthető.

A háború kellős közepén, 1943-ban hozott *Barnette*-ítélet a lelkiismereti szabadság és a vallásszabadság erőteljes megerősítése volt. A Legfelső Bíróság nem volt hajlandó kapitulálni az országon akkoriban átsöprő hazafias buzgalom

[31] 319 U.S. 624 (1943).

előtt, és védelmébe vette a kisiskolásokat, akik számára kötelezővé akarták tenni az amerikai lobogó előtti tisztelgést. Ezek a gyerekek, akik a Jehova Tanúi egyház tagjai voltak, összeegyeztethetetlennek tartották hitükkel az ország zászlója előtt tett hazafias eskütételt *(pledge of allegiance)*.[32] A Legfelső Bíróság döntése nem tűnik olyannak, mint ami az általam tanácsolt szabályozási elképzelésekre is vonatkozna. Igazából abban az időben, amikor megalkották a hozzáférés-szabályozásokat, sosem támadták őket a *Barnette*-hez hasonló alapon. Ugyanakkor a kései 1980-as években a Legfelső Bíróság a *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission*[33] esetben a szólás megtagadásához való jogot kiszakította eredeti kontextusából, és arra használta, hogy a Kalifornia állam által alkotott, a közművekre vonatkozó hozzáférés-szabályozást érvénytelenítse, súlyos kétségeket ébresztve ezzel mindenfajta hozzáférés-szabályozás érvényességét illetően.

A *Pacific Gas*-esetben egy energiaszolgáltató cég támadott meg egy előírást, amely arra kötelezte a vállalatot, hogy a fogyasztóknak küldött gázszámlák szabadon maradó felületein engedje egy közhasznú szervezet üzeneteit megjelenni, hogy azok így érjék el a közönséget. Ezeket az üzeneteket a számlaboríték felületén helyzeték el, így azok nem emelték a küldemény postai költségét. Az energiaszolgáltató cég ezt a felületet korábban saját hírlevele megjelenítésére használta, amíg a közműbizottság el nem rendelte, hogy évente négyszer a közhasznú szervezet üzenetei számára kell azt biztosítani. Válaszképpen a Legfelső Bíróság felidézte a *Barnette*-elvet, és azt a következtetést vonta le, hogy a közműbizottság megsértette a szabad szólásnak az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt védelmét.

Azonnal nyilvánvaló volt a *Pacific Gas* jelentősége a sajtó műsorszabályozását tekintve. A többségi vélemény szerzője, Powell legfelső bírósági bíró a testület egy korábbi ítéletére hivatkozott következtetését alátámasztandó, amely érvénytelenítette Florida állam rendeletét a válaszadás jogának biztosításáról, és 1987-ben az FCC értelmezésében a *Pacific Gas* azt jelentette, hogy el kell törölnie a méltányosság-doktrínát.[34] Ha sérti az Első Alkotmánykiegészítést az, hogy egy közművállalatnak olyan üzenetet kell közzétenni a számlaborítékon, amelyet sérelmez, érvelt az FCC, akkor az, ha egy tévécsatornának olyan üzeneteknek kell helyet adnia programjában, amelyeket sérelmez, szintén sérti az Első Alkotmánykiegészítést. Véleményem szerint mind a Legfelső Bíróság ítélete a *Pacific Gas* ügyben, mind pedig annak az FCC általi kiterjesztése a sajtóra megkérdőjelezhető.

---

[32] Uo. 629.

[33] 475 U.S. 1 (1986).

[34] Syracuse peace Council, 2 F.C.C.R. 5043, 5057, 5070, n.227, 5071 nn. 241–46 (1987), megerősíti 867 F.2d 654 (D.Cir. 1989).

Egy olyan társadalomban, ahol a sajtó magánkézben van, a műsorszabályozás vagy az állam által megkövetelt hozzáférés csorbítják a magántulajdonhoz fűződő jogokat, és csökkentik magántulajdonban lévő dolgok piaci értékét. Az előírásra közölt üzenetek vagy műsorok a kiadó vagy a csatorna által jövedelmezőbbnek ítélt cikkeket vagy műsorokat szoríthatnak ki. A kiszorított üzenetet csak akkor tudják közreadni, ha plusz oldalakat adnak a laphoz, vagy a napi sugárzási időt növelik valahogy. Lehet, hogy a gazdasági veszteség csekély, de mégis veszteség. Egyesek erre a gazdasági veszteségre úgy tekintenek, mint ami a kompenzálás kötelességét rója az államra azon alkotmányos elv alapján – amely amúgy közhely a kapitalista társadalmakban –, hogy a tulajdon nem sajátítható ki közösségi használatra kompenzáció nélkül. Ugyanakkor viszont a Legfelső Bíróság visszautasított egy kártérítési keresetet egy másik esetben, amely egy megint más jellegű hozzáférés-szabályozással volt kapcsolatos – Kalifornia állam megkövetelte a plázák tulajdonosaitól, hogy a tulajdonukat képező bevásárlóközpontokban tegyék lehetővé politikai aktivisták számára, hogy azok üzenetüket eljuttathassák a közvéleményhez.[35] A Legfelső Bíróság úgy határozott, hogy a gazdasági veszteség, melyet az állam elvárása okozott (a tiltakozó tevékenységek egyes vásárlókat elriaszthatnak), csupán korlátozás volt, nem pedig a tulajdon elvétele. E következtetés levonása során a Legfelső Bíróság nagy súlyt fektetett a szabályozás általános alkalmazhatóságára.

A *Pacific Gas* bölcs módon nem kérdőjelezte meg ezt a döntést. A Legfelső Bíróság egyetlen tagja sem vélte úgy, hogy a közműbizottság szabályozása az energiaszolgáltató tulajdonának elvételét jelentette volna. Valószínűleg ugyanez az eredmény születne a sajtóval kapcsolatos esetekben, vagy olyan gazdasági vállalkozások esetében, amelyek nem rendelkeznek állam által juttatott monopóliummal. Ha nem minősül elvételnek a bevásárlóközponthoz vagy a gázszámlaborítékhoz hozzáférést elrendelő döntés, akkor a sajtó által elszenvedett gazdasági veszteség sem az, amikor hozzáférést rendelnek el a laphoz. Bár a gazdasági veszteség ténye valóban fennáll, az üzlet állami szabályozása általában hasonló veszteséggel jár, és egyetlen olyan különleges feltétel sem forog fenn, amelyek miatt a korlátozás elvételnek minősülne.

A szabad szólás meghivatkozása nem csupán a gazdasági veszteségből adódik, hanem abból is, hogy a tulajdonos olyan eszméket köteles támogatni, amelyekkel nem ért egyet vagy éppen kimondottan gyűlöl. Ugyanakkor nehéz ezt az ellenvetést olyan, megvalósítható alkotmányos elvvé alakítani, amely ne fenyegetne a modern demokratikus állam lerombolásával. Az egész adórendszer azon az elképzelésen alapul, hogy az állampolgároktól beszedett adó olyan tevékenységekre is fordítható, amelyek ellenszenvesek számukra; ilyen például a háború, a felvonu-

[35] *PruneYard Shopping Center v. Robins,* 447 U.S. 74 (1980).

lások, az állami egyetemek egyes előadásai, vagy akár vitatott könyvek közkönyvtárak polcain. Az efféle kötelező anyagi támogatás állampolgári kötelesség, szükséges a közösség céljainak megvalósítása érdekében, amelyek közé a hozzáférés-szabályozás esetében a demokratikus folyamat maga is tartozik. Az egyén tulajdonának indokolt felhasználása olyasmire, amit ő maga viszolyogtatónak talál, olyan ár, amit a demokráciáért szükségszerűen meg kell fizetnünk.

A Legfelső Bíróság ezt az elméletet igazolta haloványan a *Pacific Gas*-ban. Powell bíró készségesen elismerte, hogy ki lehet vetni a közcélú szervezeteket támogató adót az energiaszolgáltató cégre.[36] Tekintetbe véve ezt az állítást, aligha érthető a tiltakozás a gázszámla borítékjához a közcélú szervezetnek biztosított közvetlen hozzáférés ellen. Nincs funkcionális különbség aközött, hogy egy közcélú szervezet számára biztosítanak egy általában az energiaszolgáltató cég által használt felületet, aztán kötelezik a vállalatot a postai többletköltségek megfizetésére, és aközött, amikor megadóztatják a vállalatot, majd a pénzt a közcélú szervezetnek adják, hogy terjessze az eszméit. Semmilyen alkotmányos különbség nincs a tulajdon és annak gazdasági értéke között, vagy – általánosabban szólva – a műsorszabályozás és a strukturális szabályozás között.

A tulajdon bizonyos elemeihez biztosított hozzáférés – egy plázához, borítékhoz, újsághoz, rádióállomáshoz vagy tévécsatornához – természetesen hordozza a téves képzettársítás veszélyét, amely az adóztatás esetében nem áll fenn. Egyes olvasók, nézők a közzétett üzenettel szembesülve az gondolhatják, hogy az a kiadó vagy a rádióállomás véleményét tükrözi, nem pedig azon személyét vagy szervezetét, aki számára a hozzáférést biztosították. Ennélfogva a *Pacific Gas*-ban hivatkozott jogot gyakran kényszerű társulás elleni jogként definiálják, nem pedig a nem szólás jogaként (mint ahogy a *Barnette* esetben szerepel). Ugyanakkor, mint azt a bevásárlóközpont esete is tanúsítja, kevesen tulajdonítanák a közüzemi vállalatnak, a kiadónak vagy a tévécsatornának a hozzáférésben részesítettek által megjelenített üzenetet. Akárhogy is, a téves társítás veszélye azt követelné, hogy a megjelenített üzenetet egészítsék ki egy megjegyzéssel, nem pedig a hozzáférés megtagadását. Ha megköveteljük egy szervezettől, hogy tisztázó nyilatkozatot adjon ki a megjelenített üzenet szerzőjét illetően – például, hogy „az itt megjelenített nézetek nem a rádióállomás véleményét tükrözik" –, azzal szólásra kényszerítjük a szervezetet, de nem azon a módon, ahogyan a *Barnette*-beli gyerekkel tettük. Ez a szólás nem táplálja a vaskalaposságot; ez épphogy annak ellenkezőjét teszi lehetővé.

Ahogy a tartalmi alapú szabályozást megtiltó szabályt, úgy a szólás elkerülésének jogát védő szabályt sem szabad a hozzáférés-szabályozás tiltásaként értelmezi. Mindkét szabálynak fontos szerepe van a demokratikus társadalmakban, ám

[36] *Pacific Gas*, 475 U.S. at 19.

e szabályok pontos értelmezési tartományát nagyon pontosan kell körülírni. Nem szabad úgy értelmezni őket, mint a közéleti vitát gyarapító, és ezáltal a sajtó demokratikus szerepének betöltését lehetővé tevő állami szabályozás gátjait. Mi az Egyesült Államokban gyakran megfeledkeztünk erről a dologról, és az elmúlt húsz évben e két elvet arra használtuk, hogy megkérdőjelezzük a hozzáférés-szabályozást, és különösen a műsorszabályozást. Csak reménykedhetünk abban, hogy a volt keleti blokk országainak újjáépítési folyamatai során ez a tapasztalat nem ismétlődik meg.

A szabad sajtó létrehozása során jó, ha a reformerek az amerikai tapasztalatokra függesztik tekintetüket, azonban ezt szelektív módon kellene tenniük. Úgy kell megteremteniük az állammal szemben a sajtó autonómiáját, hogy a sajtót közben ne tegyék ki maradéktalanul és teljes mértékben a piaci viszontagságoknak. A szigorú és könyörtelen privatizáció, a hozzáférés-szabályozás rideg elutasítása tekinthető a múltbéli diktatúrától való eltávolodásként, de még mindig nagyon messze van 1989 álmaitól.

Owen M. Fiss

Owen M. Fiss 1938-ban New Yorkban született, 1959-ben a Darthmouth College-ben B.A., 1961-ben Oxfordban B.Phil., majd 1964-ben a Harvard jogi karán LL. B. diplomát szerzett. 1964–1965-ben Thurgood Marshallnak, az Egyesült Államok Másodfokú Fellebbviteli Bírósága akkori bírájának, majd a következő évben az ifj. William J. Brennannek, az Egyesült Államok Legfelső Bírósága akkori bírájának írnoka, 1966 és 1968 között az Igazságügyi Minisztérium Magánjogi Osztályának munkatársa volt. 1968 és 1974 között a University of Chicago jogtudományi professzoraként, 1973 őszi szemeszterében a Stanford University vendégprofesszoraként, 1974-től 1982-ig a Yale Egyetem jogi professzoraként tanított, majd 1992-től az egyetem Sterling professor emeritusa és jogi mestertanára.

A *Boston Review* társszerkesztője, a *Foundation Press,* az *Ars Interpretandi (Journal of Legal Hermeneutics)*, a *DOXA (Cuadernos de filosofía del derecho)*, a *Journal of Law and Liberation*, a *Law, Economics and Organization*, a *Philosphy & Public Affairs*, a *Yale Journal of Criticism* és a *Yale Journal of Law and Humanities* szerkesztőbizottságának tagja. Emellett az Iran Human Rights Documentation Center, a Vanderbilt Institute of Policy Studies, az Alexander Meiklejohn Institute for Legal Studies, a Seminario Eduardo García Máynez & Isonomía, a Lawyers Committee for Civil Rights Under Law Board of Trustees tanácsadója, a Center for Computer-Assisted Legal Instruction, a John Sloan Dickey Center for International Understanding, valamint a kanadai Center for Constitutional Studies bizottságának tagja.

Szakmai pályafutása alatt Fisst számos kitüntetéssel és elismeréssel jutalmazták: graduális hallgatóként Rufus Choate, Reynolds- és Fulbright-ösztöndíjas is volt, 1993 és 1995 között Humboldt-ösztöndíjat kapott, 1995-ben elnyerte az American Council of Learned Societies ösztöndíját is, valamint az American Academy of Arts and Sciences tagjának választották. 2004-ben megkapta a University of Toronto jogi doktori címét, 2008-ban az Universidad de Palermo díszdoktora lett.

Bibliográfia

Önálló kötetei:

The Dictates of Justice: Essays on Law and Human Rights. Republic of Letters, Dordrecht, 2011.
A Way Out: America's Ghettos and the Legacy of Racism. Princeton, Princeton University Press, 2003.
The Law As it Could Be. New York, New York University Press, 2003.
A Community of Equals: The Constitutional Protection of New Americans. Boston, Beacon Press, 1999.
Liberalism Divided: Freedom of Speech and Many Uses of State Power. Colorado, Westview Press, 1996.
The Irony of Free Speech. Cambridge, Harvard University Press, 1996.
Troubled Beginnings of the Modern State, 1888–1910. Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
The Civil Rights Injunction. Bloomington, Indiana University Press, 1978.
Injunctions. New York, Foundation Press, 1972.

Társszerzőkkel írt kötetei:

Judith Resnik – Owen Fiss: *Adjudication and its Alternatives*. New York, Foundation Press, 2003.
Robert M. Cover – Judith Resnik – Owen Fiss: *The Federal Procedural System: A Rule and Statutory Source Book*. New York, Foundation Press, 1988.
Robert M. Cover – Judith Resnik – Owen Fiss: *Procedure*. New York, Foundation Press, 1988.
Robert M. Cover – Owen Fiss: *The Structure of Procedure*. New York, Foundation Press, 1979.